PODER JUDICIAL- COSTA RICA

DEFENSA PÚBLICA

PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL
DE LA DEFENSA PÚBLICA

TEORÍA DEL DELITO

M.Sc. José Arnoldo González Castro

2008

Asesoría didáctica y metodológica
M.Sc. Sonia Méndez González

Validación del texto:
M.Sc. Mario Rodríguez Villegas
M.Sc. Edwin Jiménez

Revisión filológica
Irene Rojas Rodríguez

-ABRIL 2008

364.4
G643t González Castro, José Arnoldo
Teoría del Delito / José Arnoldo González Castro. – 1a. ed. – San José, C.R. Poder Judicial, 2008.
412 p. ; 17 x 24.5 cm.

ISBN 978-9968-770-46-0

1. Delitos. 2. Derecho penal. 3. Teoría del delito – Principios. 4. Culpa jurídica. I. Título.

Dedicatorias

A Dios Todopoderoso, por su infinita misericordia, por haberme permitido trabajar en este proyecto tan importante para la Defensa Pública a la cual orgullosamente pertenezco.

A mi esposa Hellen María, por el gran apoyo que me brinda cada día y por haberme dado la gran dicha de ser padre, y a mi pequeña hija, María Rebecca, que ha llenado de amor y ternura nuestras vidas.

BLANCA

Agradecimiento

- Deseo expresar mi más sentido agradecimiento a la M.Sc. Diana Montero Montero, compañera y amiga, por haber confiado en mí persona para acompañarla en este proyecto, que espero ayude a las nuevas generaciones de la Defensa Pública, a brindar un servicio de calidad.

- A la Licda. Marta Iris Muñoz Cascante y al Lic. Alejandro Rojas Aguilar, por haber aceptado mi participación en este proyecto.

- A la M.Sc. Sonia Méndez González, asesora didáctica y metodóloga a cargo de esta investigación, pero sobre todo compañera y amiga, a ella infinitas gracias, por cuanto sin su colaboración, paciencia y empeño, hubiera sido muy difícil realizar esta obra.

- Al M.Sc. Mario Rodríguez Villegas, compañero y amigo, por la dedicación demostrada en el proceso de validación de este texto y por todas sus excelentes ideas y sugerencias, con lo cual ha contribuido a mejorar la calidad de este trabajo.

- Al Lic. Guillermo Arce, un sincero agradecimiento por todo el valioso material bibliográfico suministrado para la redacción de esta investigación.

- Al M.Sc. Edwin Jiménez, por su colaboración en el proceso de validación del último capítulo de este texto, gracias por todas sus oportunas sugerencias.

- Al Doctor Alvaro Burgos Mata compañero y amigo, por haber presentado esta obra.

Presentación

Tradicionalmente, el presentar una nueva obra jurídica representa una gran responsabilidad, e igualmente una gratísima satisfacción, pero esto se incrementa cuando el trabajo resulta ser el producto maduro, tenaz, y valioso, que alguien plasma finalmente como el fruto de entrelazar conocimientos adquiridos tanto desde la práctica profesional, como también desde la óptica académica.

En este caso es evidente que el trabajo que se pone a disposición del lector conjuga la experiencia que el Msc. José Arnoldo González ha adquirido a través de los años en su puesto de Defensor Público y Juez de Juicio, pero también la agudeza que significa el haberse formado luego de obtener la Licenciatura en Derecho de la UCR, de haber desarrollado el Programa de Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, en donde se graduó con Honores, y luego el convertirse en Egresado del Programa de Doctorado en Derecho de la UNED de Costa Rica, en donde actualmente finaliza con la investigación de su tesis correspondiente.

Por otro lado, el Msc. González Castro ha sido coautor de varios libros, dentro de los que destacan títulos como: "La teoría del delito a la luz de la Jurisprudencia", y "La Fijación de la Pena de Prisión".

Don José Arnoldo pone, en este caso como autor único de la obra, a disposición de los lectores sus más que apropiadas y oportunas reflexiones sobre la Teoría del Delito, las cuales están dirigidas originalmente a una población meta circunscrita en el Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública de Costa Rica, pero que por la calidad y profundidad de las mismas, sin duda estas trascenderán las paredes y las puertas del Departamento de Defensores Públicos de nuestro país.

En cuanto al tema propiamente dicho, es clara la importancia radical para todo profesional en derecho del mismo, y en las propias palabras del autor: "…por la importancia que representa la teoría del delito, como método de análisis y garantía para el procesado(s), debe aplicarse a todas aquellas conductas investigadas como delictivas, lo cual hace necesaria su revisión, destacando los requisitos que la con-

forma y su función garantizadora dentro del derecho penal costarricense para la persona procesada…".

El autor a lo largo de su extenso y minucioso estudio, desarrolla primeramente en el capítulo I una serie de Principios generales que conforman el Derecho Penal, como los de Lesividad, Inocencia, Dignidad Humana, entre otros, no sin antes cuestionarse las funciones protectora de bienes jurídicos, limitadora del derecho penal e interpretativa, para luego señalar la teoría del delito como una garantía para el imputado.

Posteriormente, el Msc. José Arnoldo González, divide en 3 grandes capítulos(del II al IV) y realiza un análisis sobre la Tipicidad, la Antijuricidad, y sobre la Culpabilidad, para finalmente analizar en el capítulo IV el tema de la Exigibilidad de la Conducta conforme a derecho, centrando sus observaciones sobre los temas de la Obediencia Debida y la Coacción o Amenaza.

Es por lo anterior, que, sin duda, los nuevos defensores y defensoras que contarán dentro del módulo respectivo del Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública de Costa Rica con la obra del Doctorando José Arnoldo González Castro, tendrán en sus manos ni más ni menos que el estudio más completo y actualizado que existe en nuestro medio costarricense con relación a un tema tan complejo, pero tan claramente dibujado, explicado y descrito por el autor, que ciertamente consideramos representará una lectura obligatoria para todos los estudiantes de Derecho y juristas en general, que tengan directa o indirectamente que enfrentarse a la necesidad de utilizar la Teoría del Delito como una herramienta propia de su estudio o del ejercicio profesional, siendo el primer texto doctrinario con autoría patria que se refiere exclusivamente a este tema, y además haciéndolo de una forma clara, sencilla, combinando legislación, jurisprudencia y doctrina nacional y externa a nuestras fronteras, lo cual implica que el abordaje de los distintos temas se muestre de sobra entretenido y adaptado a nuestra realidad nacional, lo que ya de por sí representa un plus encomiable de su parte, en razón de lo cual le congratulamos de nuevo.

Dr. Álvaro Burgos M.
Catedrático de Derecho Penal y Criminología UCR
Juez Coordinador Tribunal Superior Penal Juvenil
Juez de Juicio de Adultos del II Circuito Judicial de San José

Introducción

La teoría del delito dentro del quehacer del proceso penal y, más concretamente, dentro del derecho penal, representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada por la supuesta comisión de un hecho delictivo. En este sentido, la teoría del delito señala una serie de parámetros que, en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer si se ha dado la afectación a un bien jurídico considerado fundamental, y por ende, si la potestad persecutoria que ejerce el Ministerio Público, debe aplicarse o no.

Toda acción para constituir un delito debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable. Es por ello que el análisis de lo que presuntamente constituye un ilícito, obliga a su revisión en estos tres estadios. El cumplimiento de los diversos requisitos que conforman cada uno de estos estadios, va a originar el carácter de ilícito de la conducta acusada. De esta manera, el análisis de cada uno de ellos, implica una tarea seria, cuidadosa, pero sobre todo, sumamente técnica que demanda del estudioso (a) de la teoría del delito, conocimientos claros para su aplicación.

Bajo estas circunstancias, como ya se mencionó anteriormente, la teoría del delito viene a constituir un medio o instrumento de garantía para la persona acusada, garantía acorde en un todo con lo preceptuado por el artículo 39 de la Constitución Política, en el cual se estatuye:

> A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Por tanto, no podría concebirse el dictado de una sentencia condenatoria en contra de una persona acusada, si antes dicha conducta no ha sido analizada a la luz de lo que informa la teoría del delito, como medio idóneo para verificar el carácter delictivo de la misma. En esta misma orientación, la falta de acción, la atipicidad de la conducta, la confluencia de una causa de justificación en dicha conducta, o la inimputabilidad de la persona acusada, podrían señalar que la conducta no puede ser considerada delictiva y, de esta

manera, debe cesar la facultad represiva del Estado que, en su nombre y el de la colectividad, lleva a cabo el Ministerio Público.

Precisamente por la importancia que representa la teoría del delito, como método de análisis y garantía para el procesado(a), debe aplicarse a todas aquellas conductas investigadas como delictivas, lo cual hace necesaria su revisión, destacando los requisitos que la conforman y su función garantizadora dentro del derecho penal costarricense para la persona procesada.

No obstante, antes de adentrarse en el estudio de los aspectos esenciales que conforman la teoría del delito, por ser precisamente esta una herramienta de análisis que opera dentro del derecho penal, se hace necesario en la brevedad de las circunstancias, dar una definición de lo que constituye el derecho penal y los principios que lo sustentan, con el objetivo de establecer un panorama claro del marco, en donde se desenvuelve la teoría del delito, su funcionamiento y las limitaciones dentro de las cuales opera. Con el mismo propósito, además de centrar la atención en los temas que conforman la teoría del delito.

Cada uno de los temas por tratar, se analiza a la luz de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional, tratando siempre de realizar un tratamiento práctico de los diversos tópicos, con la finalidad de que el aprendizaje sea más fácil, ameno y comprensible.

CAPÍTULO PRIMERO
DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS BÁSICOS QUE LO CONFORMAN

SECCIÓN I: CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Muchos conceptos o definiciones se dan en doctrina sobre lo que constituye el derecho penal[1]. No obstante, una definición clara y oportuna es la que brinda el autor argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, quien lo describe de la siguiente forma:

> Podemos afirmar que el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de las decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho[2].

De esta definición, surgen varios aspectos que se deben resaltar. En primer lugar, es clara en señalar que el derecho penal cumple una función fundamental, pues contiene y reduce el poder punitivo, aspecto que debe ser entendido en la medida que como tal, el derecho penal le impone y establece límites al ejercicio del derecho punitivo que lleva a cabo el Ministerio Público. Tal misión se debe entender en el sentido de que el ordenamiento jurídico penal, es un conjunto de normas que señalan cuáles conductas son prohibidas, en cuanto a su ejecución, por ser consideradas lesivas de bienes jurídicos fundamentales, por lo que ante la infracción de las mismas, se les impone una pena. Pero esta primera circunstancia que pone de manifiesto la existencia de un derecho penal sancionador, en la medida que señala en forma concreta, determinadas conductas como prohibidas, a su vez resguarda la libertad de los ciudadanos, por cuanto es dable para el ciudadano realizar todas aquellas conductas que quedan excluidas de las conductas señaladas como prohibidas.

---

1 "La denominación "derecho penal", que conecta con la "pena" (expresión de la alta edad media alemana para "censura") […] y reproche […] como consecuencia jurídica del delito, se ha impuesto desde comienzos del siglo XIX, mientras que anteriormente solía emplearse la denominación "Derecho Criminal", que alude al "crimen" como el otro pilar básico del Derecho Penal". Heinrich Jescheck, Hans, (1993). **Tratado de Derecho Penal, Parte General.** *Comares* editorial, Granada, p. 8.

2 Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2002). **Derecho Penal, Parte Especial.** Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 5.

De esta forma, el derecho penal origina y garantiza un mayor grado de libertad, tal y como lo señala Zaffaroni, por cuanto le señala las conductas que puede llevar a cabo el individuo y que son todas aquellas que no están dentro de las señaladas como prohibidas. En este sentido, se afirma en doctrina:

> El derecho penal debe al mismo tiempo, rechazando la violencia y la arbitrariedad, procurar al individuo un espacio en el que pueda decidir libremente y realizar sus resoluciones conforme a su propio criterio. Por eso el derecho penal no solo restringe la libertad, sino que también la crea[3].

En segundo lugar, el derecho penal es orientador de decisiones en la medida que el sistema penal, se construye con base en la interpretación que se realiza de las leyes penales, interpretación que a su vez señala en forma clara, el marco de acción de la actividad punitiva del Estado. En este sentido, es dable entonces afirmar, conforme lo indica Zaffaroni, que el derecho penal contiene y reduce el poder punitivo, función que es llevada a cabo por los jueces penales.

Se indica, además, que el derecho penal impulsa el progreso del Estado de derecho. Tal afirmación debe entenderse en el sentido de que todos los ciudadanos están sometidos a la ley; pero a la vez, sirve de contención para aquellos órganos que ejecutan actividades de policía[4] que, por la naturaleza de sus actividades, afectan o pueden llegar a afectar derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos en contra de los cuales, se ponen en práctica tales funciones. Estos cuerpos de policía también quedan sometidos, en el ejercicio de sus funciones, a este Estado de derecho, con lo cual se pretende evitar que sus actuaciones se vuelvan arbitrarias o abusivas, en detrimento de derechos fundamentales de los ciudadanos, en contra de los cuales operan. Cuando se habla de derecho penal, se utilizan tres maneras distintas: en sentido objetivo, una forma se encuentra centrada en el estudio de las normas de derecho positivo de naturaleza penal, estudio que va más allá de las normas contenidas en el Código Penal, pues también abarca la serie de normas que se encuentran fuera de él, en leyes especiales y que se dedican a la regulación de delitos. Además, se emplean las que se denominan derecho penal accesorio, ejemplo en nuestro país, la legislación relacionada con el delito de psicotrópicos, la dedicada a la regulación de delitos que afectan los derechos de autor, o la ley forestal, etc. También la expresión derecho penal, se utiliza en sentido

---

[3] Heinrich Jescheck, Hans. (1993). **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Editorial *Comares*, Granada, p. 3.

[4] Ver Zaffaroni, **Óp. cit.**, pp. 5-6.

subjetivo, en donde el estudio se centra en la facultad que tiene el Estado para castigar; y en tercer lugar, se le utiliza para indicar la ciencia o dogmática jurídico-penal que es precisamente la disciplina que estudia ese derecho positivo de manera sistemática[5].

Finalmente, para una mejor comprensión de lo que se debe entender por el concepto de derecho penal y, acorde con lo manifestado anteriormente, el autor español, Juan Carlos Carbonell Mateu, lo reseña de la siguiente forma:

> A la vista de todo esto, podemos definir el Derecho Penal como la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas, y/o medidas de seguridad[6].

En la definición anterior, se recogen aquellos aspectos considerados esenciales del derecho penal. Se refiere a su labor reguladora del poder punitivo estatal, su protección de valores e interés relevantes a través de normas penales que, como consecuencia de su inobservancia, llevan aparejada la imposición de una pena, prisión o extrañamiento o de una medida de seguridad.

Para finalizar este apartado, se hace necesario realizar una breve diferenciación conceptual, en cuanto a lo que se debe entender por derecho penal de autor y derecho penal por el hecho. En igual sentido, se habla de derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo.

Sobre la diferencia entre derecho penal de autor y derecho penal de acto o por el hecho, se indica:

> Lo que la doctrina ha llamado "derecho penal de acto" y "derecho penal de autor" constituyen dos modelos de política criminal, con fundamentales repercusiones para el sistema de garantías. Según el primero, el Estado sólo puede castigar actos externos del hombre, y sólo en el límite del valor de ese acto. Para el otro modelo, el Estado castiga siempre a la persona en su totalidad, ya sea porque ha cometido un acto que

---

[5] Sobre esta clasificación, se puede ampliar más en: Velásquez Velásquez, Fernando. (1997). **Derecho Penal, Parte General**. Tercera Edición, Temis, Santa Fe, Bogotá, p. 5.

[6] Carbonell Mateu, Juan Carlos. (1999). **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales.** Tirant lo blanch Alternativa, Valencia, p. 33.

> es manifestación o síntoma de su personalidad, o porque en sí misma ya lleva signos de que vuelven necesario castigarla […] Lo que sí es propio del derecho penal es sostener que una política criminal pensada desde los parámetros del castigo a la persona en su totalidad ("derecho penal de autor") es impropia de un Estado de derecho y del carácter instrumental y no moralista del Estado[7].

La diferencia entre derecho penal de autor y derecho penal por el hecho, estriba en que solo se puede sancionar a una persona por la gravedad de la lesión que ha infringido a un bien jurídico, protegido por la legislación penal. Pero no se puede llevar a cabo dicha sanción, teniendo como sustento para ello, única y exclusivamente a la persona y la peligrosidad que representa, por ejemplo, la tenencia de antecedentes judiciales.

Desde este punto de vista, las características personales del autor, carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos, los presupuestos para la aplicación de una pena, y generalmente se toman en consideración, en el momento en que se individualiza la pena aplicable al hecho ilícito cometido. Sobre la diferenciación entre un derecho penal de acto y de autor, se ha indicado en la jurisprudencia nacional lo siguiente:

> A partir del folio ciento sesenta y cuatro, la juzgadora brinda abundantes razones y argumentos, conforme a las características objetivas del hecho, que son los que le permiten concluir que el señor S. L. es el autor de la receptación descrita en la requisitoria fiscal. No es cierto, como lo afirma el recurrente, que el fallo condenatorio se funde en los antecedentes del encausado. Esta circunstancia no se tomó en consideración al determinar la responsabilidad penal del imputado. En la sentencia se mencionan una amplia variedad de circunstancias que fundan el juicio de culpabilidad. En este punto, las objeciones del impugnante, son infundadas. Sin embargo, la juzgadora, sí menciona los múltiples antecedentes del acusado, al individualizar la pena, destacando que tales juzgamientos demuestran que el acusado ha convertido su actividad delictiva, en una forma de vida. Esta circunstancia no debe influir, de ninguna manera, en la individualización de la pena, pues contraviene el principio de responsabilidad por el hecho, según lo exige un derecho penal de acto y no de

---

[7] Binder, Alberto M. (2004). **Introducción al Derecho Penal**. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 115.

> autor. El artículo 71 del código penal no menciona los antecedentes penales como un parámetro que deba considerarse al individualizar la pena. A pesar de este yerro, considera esta Cámara que los otros parámetros que menciona la juzgadora y que se refieren a circunstancias objetivas del hecho, como el valor del bien receptado, así como su desmantelamiento posteriormente, son circunstancias que justifican plenamente el monto de un año de prisión que se le impuso al acusado. No obstante el yerro, éste no fue un factor determinante en el monto de la pena impuesta, por esta razón, no se justificaría anular el apartado del fallo en el que se individualizó la pena. El valor del bien, así como su desmantelamiento, son parámetros que justifican el año de prisión impuesto. La nulidad por la cita de un elemento de juicio que no debió incluirse y que sólo es aplicable en un derecho penal de autor, no cumpliría realmente ninguna función, pues subsisten circunstancias que justifican el año de prisión impuesto[8].

En doctrina sobre esta diferenciación, se ha indicado:

> En el derecho penal de autor la consecuencia jurídica aparece orientada no tanto al hecho cuanto al autor. Y el Derecho penal de autor extremo establece consecuencia jurídica, no sólo en lo referente al cómo de la penalidad sino al sí de la sanción penal, según la "actitud psíquica" y el "espíritu del autor". El derecho penal de autor extremo es un Derecho penal "de ánimo", que sanciona al autor sin conexión con ningún hecho, es decir, sin exigencia de realización de conducta externa, sino a causa de la pura "intención malvada" o la "disposición anímica" reveladora del "espíritu reprobable" del autor[9].

Otra diferencia conceptual que es oportuna establecer en este apartado de este módulo, es la diferencia existente entre derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo. Por el primero, debe entenderse, como la expresión con que se designa el derecho subjetivo de penar o sancionar correspondiente al Estado. Se limita a estudiar la potestad punitiva del Estado, a través de la

---

[8] **Tribunal de Casación Penal**, II Circuito Judicial de San José. Voto número 144-F-99, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y nueve. **En igual sentido**, puede revisarse de dicho Tribunal, el voto número 184-F-99, del 31 de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

[9] Polaino Navarrete, Miguel. (1996). **Derecho Penal, Parte General: Fundamentos Científicos del derecho Penal.** Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, p. 85

cual, sanciona aquellas conductas que han infringido las normas penales y, como consecuencia de ello, se hacen acreedoras a una sanción penal o a la imposición de una medida de seguridad. Lo cual se opone al derecho objetivo que consiste en las manifestaciones concretas de aquel, contenidas en las leyes penales y, por ende, se limita al estudio de las normas jurídico-penales, así como su sistematización[10].

1. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

Se le apunta una función específica al derecho penal que es oportuno referir, aunque sea en forma rápida, a efectos de dar una visión clara y completa de la forma a través de la cual, se manifiesta la aplicación práctica del derecho penal.

1.2. FUNCIÓN PROTECTORA DE BIENES JURÍDICOS

Se afirma que la función primordial del derecho penal, estriba en la protección de bienes jurídicos e intereses con relevancia constitucional. Tal afirmación debe ser entendida en el sentido de que a través de las normas de naturaleza penal, lo que se pretende es proteger valores e intereses que, en lo interno de una sociedad, se consideran esenciales a efectos de lograr una convivencia pacífica de todos los miembros que la componen.

En cuanto a la interrogante qué debe entenderse por bien jurídico, en la doctrina nacional se ha indicado:

> ¿Qué es bien jurídico? Si aceptamos que los seres humanos somos el centro del quehacer social --en tanto el postulado principal de la república es, precisamente, el ser humano--, podría decirse que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales. La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos (en el tanto la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios). Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio sólo del derecho represivo, sino del derecho, como regulador de relaciones interpersonales y sociales[11].

---

[10] **Véase en este sentido**: Bacigalupo Zapater, Enrique. (1994). **Principios de Derecho Penal, Parte General.** 3ª Edición, Akal-Iure, Madrid, p. 15.

[11] El khoury Jacob, Henry Issa, y Chirino Sánchez, Alfredo. (Julio, 1993). **Bien Jurídico y Derecho de Castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala**

Como se indica en la cita anterior, la vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales que, precisamente por representar un interés primordial, se opta por brindarles protección jurídica. Por lo cual, la forma óptima de hacer efectiva tal protección, es establecer, en forma expresa, que su vulneración acarreará una sanción de naturaleza penal. Así sucede por ejemplo, con el honor como bien jurídico, al cual por su especial significación en nuestra sociedad, se le otorga protección penal. Véase los artículos 145 y siguientes del Código Penal.

Por supuesto que la función de protección de bienes jurídicos considerados fundamentales, encuentra límites claros. En este sentido, se indica que tal protección debe tomar en cuenta solo aquellas acciones que representen un peligro objetivo de lesión del bien jurídico[12].

En este sentido, por ejemplo, la vida se considera en nuestra sociedad un bien jurídico fundamental y así está regulado en nuestra Constitución Política, cuando en el artículo 21, se señala: "La vida humana es inviolable". Al haber sido considerada la vida humana como un valor jurídico fundamental, se procede a la creación de normas de naturaleza penal que precisamente tienen por finalidad, darle una protección efectiva a dicho valor.

Para cumplir con la protección efectiva de este valor considerado fundamental, el legislador procede a tipificar en forma clara y precisa, cuáles son las conductas que se estatuyen como prohibidas por vulnerarlo, y se sanciona de esta forma, la efectiva afectación de dicho valor o incluso la sola puesta en peligro del mismo, con una pena o medida de seguridad según corresponda. En el caso del valor jurídico vida, dicha protección a nivel penal, se efectúa con la tipificación que al efecto realiza el Código Penal, a través del artículo 111 y siguientes, con lo cual se sanciona el delito de homicidio en sus diversas clases y sus correspondientes penas.

Esta finalidad de proteger bienes jurídicos considerados fundamentales, ha sido analizada de la siguiente forma:

> Parece pacífico que se trata de proteger valores… Demos por cierto, por ahora, que se trata de valores e intereses que son jurídicamente declarados como tales, bien de manera explícita, bien implícitamente a través de la correspondencia tutela penal. En todo caso la intervención del poder punitivo se

---

Constitucional. En Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 5, julio, número 7, p. 5.

[12] **Véase en este sentido**: Bacigalupo Zapater (Enrique). (1994). **Principios de Derecho Penal, Parte General.** 3ª Edición, Ediciones Akal S.A., Madrid, p. 13.

> realiza para evitar comportamientos que vengan a negar tales valores […][13].

En este sentido, la problemática de la protección del bien jurídico tutelado, ha sido analizada por la Sala Constitucional:

> La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho[14].

---

[13] Ver Carbonell Mateu, **Óp. cit.**, p. 33.

[14] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1999-01792, de las dieciocho horas con cincuenta y cuatro minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve, acción de inconstitucionalidad promovida por G. C. A., y J. A. S.G. contra los artículos 370 y 272 del Código Penal.

1.3. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

Cuando se analizan los principios generales del derecho y, concretamente, los principios generales del derecho penal, surge una interrogante a la cual se le debe dar una respuesta clara y adecuada, y que consiste en el señalamiento concreto en cuando a: ¿cuál o cuáles son las funciones que cumplen tales principios? A dar respuesta a tal interrogante, se procede en esta sección de este texto, señalando que estos aspectos se consideran esenciales, para posteriormente entrar en el estudio de la teoría del delito, tema central que nos ocupa.

En relación con esta interrogante, en cuanto a la función que desempeñan los principios generales del derecho penal, encontramos la respuesta en la doctrina, en donde se señalan principalmente dos funciones a los principios generales del derecho penal: una función limitadora y una función interpretativa.

1.3.1. FUNCIÓN LIMITADORA DEL DERECHO PENAL

En este sentido, se indica que los principios tienen por función, delimitar los alcances del derecho penal, para lo cual se señala:

> Los principios delimitadores de la norma penal, conceptúan el Derecho Penal moderno, conjugando una serie de elementos imprescindibles para definir el ámbito de la aplicación legítima del derecho penal[15].

En primera instancia, conforme a la cita doctrinal anterior, se pueden definir los principios del derecho penal, como delimitadores de la norma penal, en el sentido de que precisamente a través de los mismos, lo que se persigue es delimitar el campo de acción de la norma penal. Debe tenerse presente para efectos de comprender tal definición, que la naturaleza del derecho penal y, por ende, las normas penales que lo conforman, persiguen restringir derechos de naturaleza fundamental, como lo es la propia libertad que constituye uno de los bienes jurídicos fundamentales de toda persona. De tal forma, estos principios delimitan el campo de acción de la norma penal y la incidencia que la aplicación práctica de la misma, tiene sobre estos derechos y garantías fundamentales.

---

[15] Mora Mora, Luis Paulino, y Navarro Solano, Sonia. (1995). **Constitución y Derecho Penal.** Corte Suprema de Justicia. San José, p. 67.

Estos principios surgen entonces con la finalidad de delimitar la actuación del derecho penal; pero a la vez al restringir derechos de naturaleza fundamental, su actuación no puede realizarse en forma libre o arbitraria, por lo que surgen estos principios con la meta de señalar en forma clara y precisa, su rango de acción, en atención a la necesaria protección de derechos y garantías de naturaleza constitucional. Precisamente, se debe limitar su acción, en el sentido de impedir al juez una competencia extensiva, sin límites claros en la imposición de la responsabilidad penal y en la determinación de la pena. Así operan los principios de legalidad, irretroactividad, exclusión de la analogía, tipicidad, cosa juzgada, etc.

Esta función limitativa de los principios del derecho penal, se ejerce en forma específica sobre el ejercicio de la actividad punitiva que lleva a cabo el Ministerio Público, al cual por ley le está asignada dicha labor. Esta situación, a su vez, permite señalar que tales principios operan solo dentro de un sistema democrático y constitucional de derecho, como lo es el nuestro, por cuanto no es posible imaginarse la creación y aplicación de tales principios, dentro de un Estado totalitario, en donde el sistema punitivo se ejerce sin limitación alguna y conculcando derechos fundamentales de aquellos ciudadanos sometidos a la competencia penal. Además, de esta función limitadora que se le asigna al derecho penal, se le señala otra que de seguido se analiza en forma breve y se refiere a la función interpretativa.

1.3.2. FUNCIÓN INTERPRETATIVA

En esta labor de delimitación del campo de actuación de la actividad punitiva estatal, los principios del derecho penal cumplen otra función primordial que se enmarca como una finalidad interpretativa, la cual se ha explicado de la siguiente forma:

> El derecho es interpretable por naturaleza. La brecha entre la norma y la realidad, entre lo abstracto y lo concreto, entre lo general y lo casuístico, debe ser llenada por el juez: de lo contrario, podrían sustituirse los seres humanos en esta delicada función, por las computadoras. En esa tarea interpretativa, la función de los principios es clave, como criterios orientadores o inducciones generales que vinculan las hipótesis que el legislador tuvo en mente con la casuística judicial, que desborda esas previsiones. Así se puede articular el derecho estático de una determinada época, en la que se promulgó, con los hechos nuevos que le sobrevienen[16].

[16] Tocora, Fernando. (2002). **Principios Penales Sustantivos.** Editorial Temis S.A., Colombia, p. 25.

Se les atribuye a los principios generales del derecho penal, una finalidad interpretativa, no solo en cuanto a la aplicación de las normas, buscando la que más se ajusta al caso concreto y, por ende, la más apropiada, sino que también como punto de partida en cuanto a la creación de dichas normas a nivel legislativo; es decir, los principios generales del derecho, inspiran y ponen de manifiesto la necesidad de crear nuevas normas, precisamente para regular nuevas situaciones. En ambos casos, lo que se está llevando a cabo, es un proceso de creación del derecho, a través de un medio que persigue ajustar la norma a los constantes cambios que el progreso y la modernidad imponen, y es ahí donde los principios tienen una importancia preponderante, realizando una relación armoniosa entre ley, derecho y justicia, a través de la cual no solo los principios del derecho penal, sino incluso la totalidad de los principios del derecho, tratan de ajustar la ley a las nuevas necesidades de la vida moderna.

El juez no es aplicador de leyes, sino administrador de justicia, por ello surge la necesidad de que tenga en consideración para su aplicación los principios generales del derecho penal, materia que por su naturaleza odiosa, debe aplicarse con sumo cuidado, teniendo presente siempre que el derecho penal es la última ratio y que su aplicación se puede y se debe racionalizar, a través de un adecuado empleo de estos principios, por ello se afirma:

> […] obran limitativamente en la creación del derecho; en el impedir al juez una competencia extensiva, vía analógica o laxitud en la determinación de las responsabilidades penales, en la determinación de las penas[17].

Surge de esta forma, la importancia práctica de estos principios generales del derecho penal, en cuanto a esta función limitativa que persigue evitar una aplicación abusiva o arbitraria del derecho penal. Esta función, a su vez, explica la razón de su creación como una forma de suavizar la aplicación del derecho penal, por la conocida afectación de derechos y garantías fundamentales que se producen, cuando el mismo opera.

Estas dos finalidades o funciones esenciales de los principios del derecho penal, que se enmarcan como una función limitativa y una función interpretativa, ambas cruciales para lograr la aplicación de una justicia más humana y más coherente con las necesidades actuales; pero sobre todo más acorde con los lineamientos de un estado constitucional y de derecho como el nuestro, en donde las funciones apuntadas no se excluyen entre sí, sino más bien se complementan para tratar de crear una administración de justicia

[17] Ver Tocora, **Óp. cit.,** p. 26.

que debe estar al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la administración de justicia. Lo anterior, cual es acorde a la decisión histórica asumida por nuestros gobernantes de constituir una nación democrática y republicana.

A continuación, se analizarán aquellos principios que, por sus características, se consideran más importantes, para poner de manifiesto la forma cómo opera el derecho penal en la práctica. Entre ellos se analizarán el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de humanidad, el principio de cosa juzgada, el principio de culpabilidad, el principio del bien jurídico, el principio de insignificancia y lesividad. Todo esto se presenta como plataforma necesaria para analizar posteriormente el tema de la teoría del delito, tópico central de este texto.

2. PRINCIPIOS RELEVANTES DEL DERECHO PENAL

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Constituye uno de los principios primordiales del derecho penal, acorde con la existencia de un Estado constitucional de derecho, como lo es el costarricense, en donde debe dominar la seguridad jurídica como un principio fundamental del proceso penal. Sobre el mismo se ha indicado:

> El principio de legalidad, como postulado fundamental del Derecho Penal Moderno, constituye –junto al respeto de los derechos fundamentales- una de las garantías que derivan del estado burgués, surgido tras el arrumbamiento del absolutismo. El principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la Ilustración; en ella encuentra su fundamento político, que se materializó con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por esto inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado. En este sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado antiguo Régimen, con sus tantas veces explicada carga de arbitrariedades, abusos penales. En su primigenia formulación el principio de legalidad persigue el sometimiento del Estado a la ley, garantía de la seguridad jurídica como parte de los derechos fundamentales de la persona humana (Beccaria)[18].

[18] Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín; Prats Canut, José Miguel. (2002). **Manual de Derecho Penal**. Edición 3ª, Editorial Aranzadi, España, pp. 80-81.

El principio de legalidad surge a través de una serie de luchas dadas por los ciudadanos para lograr garantías básicas frente al poder punitivo estatal, con el fin de acabar con innumerables abusos que tenían su origen en el juzgamiento de conductas que no estaban legalmente prohibidas, e incluso, en la imposición de sanciones que no estaban legalmente previstas y que encontraban su fundamento en la supuesta necesidad de combatir la criminalidad; pero que generaba un sistema punitivo en donde dominaban la arbitrariedad y el abuso del poder punitivo. En este sentido, se indica que:

> Feuerbach concreto en la formulación latina: "Nulla poena sine praevia lege", una de las mayores conquistas de la Revolución Francesa, sólo la ley previa (emanada del Poder Legislativo siguiendo las formalidades para su promulgación) puede definir las conductas delictivas, así como su pena, diríamos hoy sus consecuencias jurídicas[19].

Los aspectos importantes que se deben resaltar con respecto a la trascendencia de este principio, son el cambio que implica en la aplicación de la ley de naturaleza penal y la limitación que produce en cuanto a la actividad punitiva del Estado, porque a partir de su vigencia, el ejercicio de la actividad represiva continúa, pero ahora se halla restringida a aquellos casos autorizados por la ley y bajo aquellas circunstancias de naturaleza probatoria, también establecidas legalmente. De esta forma, se garantiza la esfera de libertad de los ciudadanos en la medida en que no realicen aquellas conductas señaladas como prohibidas.

En sentido contrario, el poder punitivo del Estado tendrá su vigencia cuando se realicen o lleven a cabo aquellas conductas que, siguiendo el procedimiento de formación de la ley, han sido señaladas como prohibidas y, como consecuencia de ello, se les ha señalado en forma clara y precisa una pena. Obviamente a partir de tal cambio de paradigma, se genera el principio de seguridad jurídica, por cuanto los ciudadanos conocen y saben a qué atenerse, bajo dos posibilidades: no realizar la conducta señalada como prohibida o realizarla y atenerse a las consecuencias de su desobediencia.

Las consecuencias de este principio, han sido analizadas de la siguiente forma:

---

[19] Zúñiga Morales, Sandra Eugenia. (2003). **Nociones Básicas de Derecho aplicadas a la investigación policía.** 1ª Edición, Editorial Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José, p. 39.

> Los efectos de este principio se dejan sentir en todo el ordenamiento jurídico, aunque es en la esfera penal donde las exigencias derivadas del mismo alcanzan su plenitud. En dicho ámbito el principio de legalidad supone, y éste sería su significado esencial, que únicamente la Ley es fuente formal, inmediata y directa del Derecho Penal, no siendo posible acudir a otras fuentes salvo con un carácter complementario, mediato e indirecto (reserva absoluta de ley[20].

Por tanto, el principio de legalidad se constituye en uno de los principios esenciales y rectores del derecho penal. En virtud del mismo, se resguarda la seguridad jurídica de los ciudadanos, cuando se establece como garantía judicial de que nadie puede ser juzgado y, mucho menos, condenado por una conducta, ni se puede imponer una pena que no se encuentre establecida en la ley en forma expresa.

Por la trascendencia que implica el principio de legalidad, el mismo ha sido analizado en la jurisprudencia nacional:

> El artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad en materia penal, principio rector e inspirador de todo nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible, será impune; aún cuando ésta sea muy grave. Consecuentemente, lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no específicamente descritas en la ley[21].

La anterior cita jurisprudencial pone de manifiesto en forma clara, el significado de lo que constituye el principio de legalidad, pues en forma precisa, se estatuye que los delitos y sus correspondientes penas, solo pueden

---

[20] Suárez Mira-Rodríguez, Carlos; Judea Prieto, Ángel; Piñol Rodríguez, José Ramón. (2002*)*. **Manual de Derecho Penal**. Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid. p. 84.

[21] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**. Voto número 461-91, de las quince horas con catorce minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y uno, citada por Mora Mora y Navarro Solano. (1995). p. 51. **En igual sentido**: sobre este principio se puede revisar la sentencia número 1739-92, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

emanar del Poder Legislativo, situación que se desprende en el ámbito nacional del numeral 121 inciso 1), constitucional en donde se establece:

Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

1. Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el Capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones[22].

Recientemente sobre el principio de legalidad en materia penal, la Sala Constitucional se ha manifestado:

> En una sociedad democrática como en la que vivimos los costarricenses, por opción de nuestro pueblo y de los constituyentes que lo representaron, no es posible en modo alguno, relegar a un segundo plano el respeto de los principios esenciales del debido proceso, por más loable y respetable que sea la intención que se persiga, más específicamente; una democracia se diferencia de un régimen autoritario en el hecho de que en ésta el fin no justifica los medios. Estos últimos siempre deben ser lícitos y deben atender al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. El principio de legalidad criminal constituye una garantía en un Estado democrático e implica que sólo las acciones que se encuentren contenidas en una ley, debidamente tipificadas, pueden ser sancionadas, también en virtud de una ley y siempre y cuando esté de por medio la lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales; esta es casualmente la circunstancia diferenciadora de un derecho penal democrático y uno autoritario, en este los tipos penales o no existen o no tienen una función de garantía, en aquél, el tipo cumple una función de garantía, a efecto de que el ciudadano pueda conocer sin lugar a duda cuáles son las acciones que si comete hacen posible se le imponga una pena. La descripción que se hace tanto en el artículo 2 como en el 3 atentan contra ese principio básico de un régimen de derecho, pues se deja al arbitrio del juez o aplicador de la norma –lo dice expresamente el artículo 3-, a su entera subjetividad, la apreciación del contenido que se quiera otorgar al precepto, dejando por otra

[22] **Constitución Comentada de Costa Rica.** Primera edición, McGraw-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V., artículo 121 inciso 1).

> parte al ciudadano, completamente indefenso, sin saber a qué atenerse y con la grave amenaza que el derecho penal implica para su libertad personal[23].

También la Sala Constitucional se ha referido al principio de legalidad en los siguientes términos:

> Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala, se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal" (Sentencia número 1877-90, de las dieciséis horas dos minutos del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa)[24].

Como se verifica en ambos fallos, la Sala Constitucional se ha manifestado en términos muy claros, sobre la importancia que representa el principio de legalidad, dentro de un Estado democrático como el nuestro, en donde su vigencia representa la protección a la libertad individual, en tanto se establece en forma oportuna, cuáles son las conductas que si son realizadas y debidamente acreditadas, mediante un proceso que se ajuste a los lineamientos del debido proceso, y que merecerán la imposición de una pena.

Los efectos ocasionados por el principio de legalidad, se han identificado en doctrina en dos sentidos:

> En suma, el principio de legalidad continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del po-

---

[23] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**. Voto 2004-03441, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro. Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta por los diputados, Carlos Herrera Calvo y otros, respecto del "Proyecto de ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres", expediente legislativo número 13.874.

[24] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**. Voto número 10543, de las 14:56 del 17 de septiembre de 2001.

> der legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano, y la técnica que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas[25].

A nivel sustantivo, dicho principio es recogido en el artículo 1 del Código Penal, para lo cual se estatuye:

> Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.

Si tenemos presente que el derecho penal es derecho constitucional aplicado, el numeral 1 del Código Penal, recoge el principio de legalidad que, como derecho fundamental, regula el artículo 39 Constitucional. En dicha norma, se regula que solo aquellas conductas tipificadas como delictivas, pueden ser sometidas a penas o medidas de seguridad, en virtud de lo cual, todas las conductas no contempladas en los diversos tipos penales, no solo en el código sustantivo, sino también en la legislación penal accesoria, se rigen conformes a la ley y, por ende, están fuera de la esfera punitiva que, a través del Ministerio Público, lleva a cabo el Estado.

A este principio de legalidad en la doctrina, se le identifican varios corolarios o subprincipios, y los mismos han sido señalados de la siguiente forma:

> Hoy, sin embargo, el principio de legalidad, tanto en su dimensión política como en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se traduce en los cuatro principios anteriormente enunciados: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo previsto por la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución[26].

Como puede verificarse, el principio de legalidad se manifiesta en cuatro corolarios diferentes: solo puede sancionarse por la vulneración de conductas que estén expresamente tipificadas como delictivas; solo se puede

---

[25] Ver Carbonell Mateu, **Óp. cit.**, pp. 110-111.
[26] Ver Carbonell Mateu, **Óp. cit.,**, p. 110.

imponer una pena, cuando el procedimiento ha sido realizado conforme a lo preceptuado en la ley procesal y en virtud de un juicio justo. Respectivamente el principio de legalidad se relaciona en forma directa con la tipificación de la conducta, al proceso que se somete la persona acusada como autora de tal hecho delictivo y a la legalidad, en cuanto a la ejecución de la pena impuesta.

Así, quedan patentes la importancia de este principio y el carácter de garantía fundamental que representa para todo ciudadano sometido a un proceso penal.

El principio de legalidad se manifiesta a través de varios corolarios que le dan vigencia al mismo; estos son: la reserva de ley, el principio de irretroactividad de la ley, las leyes penales en blanco y la prohibición de analogía y de interpretación extensiva en materia penal. Tales corolarios merecen una rápida revisión a lo cual se procede de inmediato.

2.1.1. LA RESERVA DE LEY

Una de las formas a través de las cuales, se manifiesta el principio de legalidad, es el de reserva de ley. La Sala Constitucional ha establecido los alcances del mismo:

> [...] a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del poder legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y el régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su "contenido esencial"; y, c) En tercero, que ni aún en los Reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer [...]. (Sentencia número 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos)[27].

---

[27] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1999-01792, San José, a las dieciocho horas con cincuenta y cuatro minutos, del nueve de marzo de mil novecientos

La doctrina en términos muy sencillos ha analizado la reserva de ley, como corolario del principio de legalidad:

> Solo es posible establecer delitos mediante leyes escritas, (nunca por ejemplo alegando la costumbre), emanadas (según el esquema de división de poderes) solo por el poder legislativo (representante de la voluntad popular)[28].

Como se ha evidenciado, la reserva de ley como un corolario del principio de legalidad, pretende dejar establecido que la creación de conductas delictivas y sus correspondientes penas o medidas de seguridad, solo pueden tener su origen en la Asamblea Legislativa, para lo cual se debe cumplir con el procedimiento que la ley establece para la formación de las leyes ordinarias. Ningún otro órgano del Estado puede crear figuras delictivas y penas y medidas de seguridad, pues de hacerlo las mismas por incumplir el principio de reserva de ley, devendrían en ilegales.

> La reserva de ley está en el Derecho penal más fuertemente formalizada que en todas las demás esferas jurídicas. Y el Derecho consuetudinario, que se muestra admitido en diversos factores del Ordenamiento jurídico, tiene acceso en el Derecho Penal solamente cuando éste remite a él, v.gr., en la determinación de ciertos conceptos típicos normativos, o cuando resulta favorable al reo[29].

Se indica que la reserva de ley está más fuertemente formalizada en el derecho penal que en otras esferas jurídicas, lo cual se entiende precisamente, atendiendo a la naturaleza del objeto de análisis del derecho penal, que implica el ejercicio de la actividad punitiva estatal, ya que tal potestad no puede ponerse en práctica para sancionar conductas que aún no han sido sancionadas legislativamente, como delictivas y, como consecuencia de su realización, tampoco han sido señaladas con una pena o una medida de seguridad. Es por ello que el principio de reserva de ley, como corolario del principio de legalidad, es analizado con más recelo que en otras disciplinas de orden jurídico.

---

noventa y nueve. Acción de inconstitucionalidad promovida por Gerardo Castillo Alvarado y José Antonio Saprissa Grillo, mayores, casados, con cédula de identidad 6-096-005 y 9-008-707, contra los artículos 370 y 272 del Código Penal. En igual sentido se puede revisar: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2005, 00168 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos, del once de marzo de dos mil cinco, en donde se hace por parte de la Sala, un repaso jurisprudencial.

[28] Ver Zúñiga Morales, **Óp. cit.,**, p. 40. **Sobre este tema se puede ver**: Carbonell Mateu, **Óp. cit.,**, pp. 111-113.

[29] Ver Polaino Navarrete, **Óp. cit.,** p. 403.

En esta forma, la reserva de ley constituye un límite infranqueable al ejercicio de la actividad punitiva del Ministerio Público.

Además, no puede finalizarse el tema de la reserva de ley como corolario que se deriva del principio de legalidad, sin referirse aunque sea brevemente a la situación que se presenta con las leyes penales en blanco o norma penal en blanco. Sobre la norma penal en blanco, se ha indicado:

> El primero que habló de este problema fue KARL BINDING, y entendió por tales aquellas que entregaban la descripción de la conducta prohibida a una autoridad de rango inferior a la competente para dictar las leyes, es decir, todos los elementos de la prohibición no aparecían en la Ley Penal sino que debía acudirse a alguna ordenanza o acto de autoridad inferior para saber qué se prohibía.
>
> Cuando la Ley Penal refiere a otra ley, aún cuando esta última es no penal, estamos en presencia de un problema que no es tan serio. Se podrán hacer algunos comentarios sobre la técnica legislativa empleada, pero, en general si la prohibición y la sanción se encuentran descritas en una Ley, formalmente válida, el requisito de legalidad habrá sido cumplido.
>
> Así las cosas, será un problema de Ley Penal en Blanco cuando una Ley Penal refiera a una disposición de rango inferior (reglamento, ordenanza, circular, etc.) para establecer cuál es la conducta prohibida o la sanción aplicable[30].

Debe tenerse claro que el problema que surge de la ley penal en blanco, se origina cuando la remisión que se realiza es para dar contenido al núcleo esencial de la conducta prohibida o la sanción por imponer. En estos casos, es claro que se afecta el principio de reserva de ley en la medida de que tal labor debe ser realizada por el Poder Legislativo, y por la naturaleza de la disposición, no puede ser producto de regulación, por ejemplo, en el caso del Poder Ejecutivo, cuando a este se le asigna la reglamentación de una ley.

Al tenor de la explicación que brinda el autor español Juan Carlos Carbonell Mateu, el procedimiento de la ley penal o norma penal en blanco, es válida y factible bajo ciertas circunstancias, lo cual refiere de la siguiente forma:

---

[30] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. (1991). **Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal.** ILANUD. Proyecto Técnicas de Resolución de los Conflictos en Materia Penal, San José, pp. 90-91.

> No pueden, sin embargo, desconocerse las dificultades, por no decir la imposibilidad, que existen para que el Código Penal, esto es, la ley, prevea la totalidad de la materia que queda prohibida, a través de los tipos penales. De nuevo aquí parecen obtener toda su trascendencia las afirmaciones que más arriba vimos que realizaba De Otto y Pardo, en el sentido de entender que para la reserva de ley debe quedar tan solo aquello que verdaderamente afecta al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, esto es, el núcleo esencial de la conducta, así como la previsión de su consecuencia jurídica. La regulación, por norma inferior a la ley, de cuestiones de detalle, que bien puede afectar, sin duda, a la delimitación de la conducta prohibida, pero que no constituyen aspectos esenciales de la misma, no puede ser considerado como una quiebra del principio de legalidad: en muchas ocasiones supone garantizar una mayor concreción de la conducta prohibida, de no existir la norma de rango inferior, quedaría mucho más abierta[31].

El principio de la norma penal en blanco, es un procedimiento válido, siempre y cuando la regulación que realice la norma de rango inferior, no tenga por objeto lo relacionado con derechos fundamentales y las libertades públicas y, por ende, dicha regulación no se refiera a aspectos esenciales de la conducta que se está prohibiendo. En esta orientación, la jurisprudencia nacional se ha manifestado señalando:

> […] y los tipos penales en blanco, que al igual que los abiertos no determinan totalmente la acción penal, pero brindan los elementos necesarios para individualizarla, concretamente remitiendo a otras disposiciones del ordenamiento jurídico […] En igual sentido también le corresponde al Poder Ejecutivo complementar algunos aspectos del contenido del tipo penal (normas penales en blanco), cuando el propio legislador señala en la descripción típica la necesidad de remitirse a algunos parámetros, límites o criterios fijados por las autoridades administrativas, como ocurre con la "lista oficial de precios" en el delito de especulación, o las sustancias restringidas en los delitos contra la salud pública, donde el Poder Ejecutivo complementa el contenido del tipo, por medio de su potestad constitucional de reglamentación. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso de autos. Sobre este

[31] Ver Carbonel Mateu, **Óp. cit.,** pp. 122-123.

extremo, ya la Sala Constitucional ha afirmado que [...] esa técnica no se aparta del marco constitucional de división de Poderes, siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena. Si, por ejemplo, aceptamos que un radio de acción propio de ese Poder es proteger la salud pública, es claro que el Presidente de la República y su Ministro de Salud pueden dictar reglamentos en protección de la salud de la población, así no resulta inconstitucional el artículo 268 del Código Penal que reprime con prisión de uno a tres años o multa de cincuenta a doscientos días multa a quien violare las medidas sanitarias acordadas por la autoridad competente para evitar la introducción o propagación de una epidemia epizootia o plaga vegetal [...]. (Sala Constitucional, Nº 1876-90, de las 16:00 hrs. del 19 de diciembre de 1990)[…] Es evidente que la enunciación del inciso e) del artículo 122 de la Ley Forestal es una norma penal en blanco, pues tipifica, entre otros, el transporte de madera «sin la documentación respectiva», sin especificar la clase de documentación a la que se refiere. Para la determinación de este concepto debe el juzgador remitirse a otras disposiciones del ordenamiento, pero esa remisión no atenta contra el principio de legalidad, pues la necesidad de control sobre la explotación de los recursos naturales, podría implicar la variación, aumento o disminución de documentos que acrediten los permisos o licencias, lo que de acuerdo a la lógica elemental no puede estar definido en la ley, sino que debe establecerlo el Poder Ejecutivo en uso de sus atribuciones legales y constitucionales. Desde luego, con base en los artículos 106 y 122.e) de la Ley Nº 7174 y 159 del Decreto Nº 19886-MIRENEM-, los documentos respectivos no pueden ser cualesquiera, ni los que se le ocurran arbitrariamente al Poder Ejecutivo, sino que se trata de los documentos indispensables para acreditar la licitud de la corta de madera y la licitud del transporte de la madera, autorizados por la Dirección General Forestal. Mal harían los juzgadores si se exceden al cerrar el tipo del citado 122.e) de la Ley Forestal, exigiendo más de los documentos mínimos idóneos para la configuración del delito; en tal caso lo inconstitucional no sería la ley sino que podría serlo la interpretación jurisprudencial. Pero al interpretar el a quo que el documento exigible es la guía para el transporte de madera, no abre el tipo más de lo razonable, pues el instrumento que pretendió hacer valer

> el imputado a requerimiento de la autoridad fue precisamente una guía para el transporte de madera vencida. De manera que el propio encartado sabía cuál era la documentación respectiva, y el juzgador de mérito interpretó el tipo del 122.e) de la Ley Forestal según la propia creencia de aquel; pero la falta de vigencia del documento dejó la conducta dentro de la norma prohibitiva. Ello evidencia, aún más, que en este caso el sentenciado estaba informado en forma plena del contenido del tipo de comentario, aspecto que resulta mínimo para una persona que se dedique a transportar madera. Por lo expuesto procede rechazar el recurso[32].

El enfrentamiento a leyes o normas penales en blanco, demandará siempre una cuidadosa labor por parte del defensor, con la finalidad de establecer si la remisión que se hace a otra norma que generalmente es de rango inferior, entra a regular aspectos esenciales de la conducta que se prohíbe, pues de constatarse dicha situación, se estaría en presencia de una norma que violenta el principio de reserva de ley. Por tanto, sería inconstitucional, cuando la potestad para crear tipos penales, le está dada en forma exclusiva al Poder Legislativo, ya que al Poder Ejecutivo le ha sido dada una potestad reglamentaria, a través de la cual realiza una tarea de complementación o aclaración de detalles de la conducta señalada como prohibida. Sin embargo, le está prohibido entrar a regular aspectos esenciales, relacionados directamente con el núcleo de la conducta que se está prohibiendo.

La problemática que se deriva de las leyes o normas penales en blanco, debe ser claramente entendida por el defensor público, pues requiere de su capacidad desde el punto de vista técnico, a efectos de que sepa diferenciar con claridad, sobre cuándo dicha remisión es legal y cuándo es ilegal. En esta última situación, se requiere además que ponga en práctica los instrumentos que el mismo ordenamiento jurídico, le brinda para combatir tal circunstancia. Para ello pude utilizar desde los diversos medios de impugnación que la normativa procedimental regula, hasta la solicitud del respectivo sobreseimiento provisional.

Otro ejemplo de ley o norma penal en blanco analizado por la jurisprudencia, fue el relativo a la Ley de Imprenta que permitirá una mejor comprensión del tema, en donde se estableció:

---

[32] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Voto número 570-F-93, de las nueve horas con cuarenta minutos, del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Se alega además que las conductas contenidas en el artículo 7° de la Ley de Imprenta son atípicas, pues dicha norma no contiene la necesaria descripción de la conducta para que esta pueda ser catalogada como punible. Para fundamentar la alegación el accionante lo hace en el Voto número 1877 de esta Sala, de las dieciséis horas dos minutos del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa, en el que se estableció la importancia de la tipicidad en función de la garantía. En el impugnado artículo 7º se dispone que los responsables de delitos de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa, se les castigará con la pena de arresto de uno a ciento veinte días. En derecho penal se acepta como válida la técnica legislativa que permite la utilización de las leyes penales en blanco o necesitadas de complemento, son aquellas en que el presupuesto no se consigna completo o específico en la propia ley, pues debe recurrirse a otra de igual o distinto rango para completarla. Por ejemplo para poder establecer el contenido del tipo penal del artículo 112 inciso 1° del Código Penal, es necesario recurrir al de Familia, que es donde se señalan las condiciones que deben reunirse para ser calificado como ascendiente, descendiente o hermano consanguíneo, y si del inciso 2° de aquel artículo se trata, es necesario recurrir a la propia Constitución que es dónde se indica a quiénes corresponde dar el trato de miembros de los Supremos Poderes. La tipificación de la conducta se logra con la unión de normas que se complementan; a efecto de establecer si en ella se cumple con las exigencias propias de la tipicidad, debe de previo relacionárselas. En el caso en examen lo propio ocurre entre el señalado artículo 7° y los numerales 145 y 147 del Código Penal, pues es en estas normas en las que se define el contenido de las conductas calificadas como injuria y calumnia, a los fines de la legislación penal, si ambas se relacionan, el tipo resulta completo y cumple con la función apuntada, razón por la que debe ser declarado sin lugar el recurso en cuanto a ese extremo se refiere[33].

[33] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**. Voto número 2996-92 de las quince horas con diez minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos. Citado por Mora Mora y Narrarro Solano, **Óp. cit.,** pp. 74-75.

2.1.2. LA NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY

Otra manifestación del principio de comentario, es la prohibición de retroactividad de la ley o el principio de la irretroactividad de la ley. Por el mismo se entiende, que como consecuencia del principio de legalidad, se impone al legislador la prohibición de promulgar leyes con efectos retroactivos, lo cual es conforme al aforismo latino que expresa: "nullun crimen sine lege praevia".

Tal principio encuentra regulación expresa en el artículo 34 constitucional, en el cual se establece lo siguiente:

> A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.

Sobre el mismo, en doctrina se ha indicado:

> La ley, en términos generales, cuenta con una serie de limitaciones en cuanto a su aplicación. En este sentido, la vigencia de la ley se encuentra concretada en el tiempo, en el espacio y en su alcance y aplicación a determinadas personas. Cuando hablamos de su limitación en el tiempo, estamos haciendo mención directa del principio que recoge el artículo en comentario, sea acerca de la irretroactividad de la ley, la cual es consecuencia del principio de legalidad (en materia penal el aforismo latino "nullun crimen nulla poena sine lege)". La ley tiene su nacimiento con su entrada en vigor, y su muerte sobreviene cuando queda derogada. Esta es una regla que se deriva del principio de legalidad del ordenamiento jurídico, donde se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley[34].

Con este principio lo que se quiere es salvaguardar el principio de la seguridad jurídica que debe imperar en un sistema democrático como el costarricense. Por tanto, resultaría contrario a este principio de seguridad jurídica, que una ley se aplique a un caso cuya comisión se generó u ocurrió antes de la entrada en vigencia de dicha ley. De esta forma, por ello es que se indica sobre la irretroactividad de la ley en la jurisprudencia Nacional, lo siguiente:

---

[34] Chinchilla Sandí, Carlos. (2000). **En Constitución Política Comentada de Costa Rica.** Cheves Aguilar, Nacira y Araya Pochet, Carlos, comentaristas coordinadores. McGraw-Hill, México, p. 109.

Reiteradamente la jurisprudencia ha señalado que nuestro sistema constitucional establece como principio que los delitos han de juzgarse conforme a la ley vigente a la fecha de los hechos (principio de irretroactividad de la ley), según se desprende de una clara relación de los artículos 34, 39 y 129 de la Constitución Política, pero no se dispone como principio una aplicación retroactiva y obligatoria de la ley más favorable. En este sentido es de resaltar la frase del artículo 39 que exige LEY ANTERIOR como requisito mínimo para que pueda declararse a una persona como autora de un delito y aplicársele una pena. El principio constitucional parte de la necesidad de que se haya promulgado previamente una ley, con fecha anterior al hecho, para resolver el caso concreto. Ese principio constitucional lo reitera el artículo 11 del Código Penal al disponer que "los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes en la época de su comisión". Esta situación resulta conveniente aclararla porque podría pensarse que nuestra Constitución establece como principio la aplicación retroactiva de la ley más favorable, cuando en realidad establece como garantía que los hechos habrán de juzgarse de conformidad con la ley vigente (y en consecuencia anterior) a la fecha de los hechos. Cierto, nuestra Constitución no prohíbe la aplicación retroactiva de una ley posterior, cuando ello pueda resultar favorable al reo. Pero esta falta de prohibición no se traduce en una obligación de aplicar, en todos los casos, la ley posterior más favorable. Lo que nuestra Constitución prohíbe eso sí, es la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, de sus derechos patrimoniales o de situaciones jurídicas consolidadas […] En este caso no nos encontramos ante una ley posterior más favorable, la modificación anual del parámetro para determinar la cuantía en los tipos penales de comentario, no constituye una reforma dirigida a favorecer al reo ni tampoco a reducir la penalidad en forma anual, sino por el contrario sólo busca mantener la punibilidad en valores monetarios reales. En efecto al utilizarse como parámetro de determinación de la cuantía un factor económico variable, se pretende mantener los niveles de punición en los valores reales que según un específico criterio de política criminal adoptó el legislador en un determinado momento histórico, valores que por efecto de la inflación están sujetos a cambiar numéricamente. Pero eso no significa que los cambios inflacionarios en el factor constituyan reformas cuyo propósito esté dirigido a

> favorecer al reo, o para disminuir la penalidad en algunos delitos, o para convertir delitos en contravención.[35]

El principio básico sobre el que se sustenta la prohibición de la retroactividad de la ley, señala en forma categórica que debe juzgarse el delito cometido conforme a la ley vigente, al momento de cometido el mismo, lo que obviamente supone que la ley debe ser anterior a la realización del hecho que se señala como delictivo.

Además, se ha indicado en la jurisprudencia nacional sobre el principio de irretroactividad de la ley penal:

> En punto a la aplicación retroactiva de la ley, la garantía constitucional es que «A ninguna Ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas» (artículo 34 de la Constitución Política)[…]
>
> Del mismo modo, es decir respecto a leyes penales sustantivas, se concibe el principio de retroactividad en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en Costa Rica, lo que ilustra la transcripción de las normas correspondientes:
>
> Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello» artículo 15.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley Nº 4229 de 11 de diciembre de 1968).
>
> «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

---

[35] **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 585-2000, del veintiocho de julio de dos mil. **En igual sentido,** se manifiesta el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

> Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella», artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley 4534 de 23 de febrero de 1970)[36].

Existen otros supuestos en donde se puede invocar la aplicación de la ley más favorable; pero dicha situación atiende más bien a la situación inversa, ya sea cuando luego de la fecha de comisión de un hecho considerado delictivo, se produce la promulgación de otra ley que es más favorable para los intereses de la persona procesada. Sobre tal punto en concreto, se refiere el artículo 12 del Código Penal, para lo cual señala: "Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue"[37].

Vale la ocasión para aclarar que el principio de retroactividad de la ley, que como se señaló, se aplica en forma excepcional, y se da únicamente con respecto a la materia de fondo o la aplicación de la ley sustantiva, y no en cuanto a normas de naturaleza procesal. En este sentido, con ocasión de la entrada en vigencia, a partir del primero de enero de 1998 del nuevo Código Procesal Penal, la nueva regulación que presentó el instituto de la prescripción, la cual en apariencia conlleva mayores ventajas para los acusados, sirvió como aliciente para que algunos intentaran su aplicación so pretexto de la aplicación de la norma más favorable. No obstante, tal argumentación fue rechazada, para lo cual se señaló:

> Debe recordarse aquí que el principio general, consagrado constitucionalmente en el artículo 34 de nuestra Carta Política, es la irretroactividad de las normas, la que solo se admite de modo excepcional (cual ocurre respecto de las leyes penales sustantivas), siempre que su aplicación resulte más beneficiosa para el justiciable o el sentenciado. Si tal es, con claridad, el mandato constitucional, resultaría insensato pretender que a las disposiciones legislativas procesales sí se les pueda reconocer efecto retroactivo, aun en daño del justiciable y nunca a su favor. Debe destacarse, entonces, que las reformas legales introducidas en esta materia (prescripción) comienzan a regir exclusivamente a partir del momento que

---

[36] **Sala Tercera de la Corte Suprema**. Voto número 410-99, de las nueve horas con cuarenta minutos del nueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.

[37] Sobre el tema de la aplicación de la ley más favorable, puede revisarse: Hassemer, Winfried. (1984). **Fundamentos del Derecho Penal.** Con traducción y notas de Muñoz Conde, Francisco y Luis Alonso Zapatero. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, pp. 320 y 321.

> el legislador señaló para la entrada en vigencia de cada ley y hasta su derogatoria por otra, sin que sea posible dotar a ninguna de eficacia retroactiva en perjuicio de situaciones jurídicas ya existentes[38].

Sobre este mismo punto, también la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señaló:

> Por ello, no resulta ni ocioso, ni desacertado –cómo erróneamente entendió el a-quo - establecer que el principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable, rige únicamente respecto a las normas de fondo y no en cuanto a las del procedimiento. En efecto, así lo ha establecido esta Sala, al indicar que: "[…] [el] gestionante, [...] pretende se aplique retroactivamente disposiciones contenidas en la nueva ordenanza procesal penal, lo que es manifiestamente improcedente, ya que cuando el Código de rito se refiere a que, el:[…] hecho encuadre en una norma más favorable […]. Está delimitando este supuesto de revisión a la ley sustantiva y no a la procesal, porque solo respecto a la primera es dable hablar de encuadrar o subsumir un hecho en la norma respectiva. Así, ni el Código Procesal Penal, ni los diversos institutos que regula, pueden considerarse como ley más favorable. Consultar de esta Sala, votos # V-435-98, de 8:34 horas del 15 de mayo de 1998 y # 1.105-98, de 8:35 horas del 20 de noviembre de 1998[39].

Aunque a muchos no nos pareció oportuna la interpretación que se hizo, porque no se aplicó la norma más favorable con respecto al instituto de la prescripción, cabe señalar que ahora, mejor analizado el punto, se manifiesta consistente, claro y, específicamente, respeta el principio de seguridad jurídica que debe ante todo, privar en un tema tan delicado, como es lo concerniente al instituto de la prescripción de la acción penal.

Con la prohibición de retroactividad de la ley, se pretende evitar que la situación de la persona acusada, se agrave más por la aplicación de la nueva ley. Por ello el principio señala que el hecho se juzgará conforme a la ley vigente al momento de su comisión. No cabe la menor duda de que esta otra

---

[38] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Voto número 861-2002, de las diez horas del treinta de agosto de dos mil dos.

[39] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Voto número 1236-1999, del 30 de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

manifestación del principio de legalidad, como lo es la reserva de ley, también tiende a propiciar y salvaguardar la seguridad jurídica para la persona acusada.

2.1.3. LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA Y DE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY

Otra manifestación del principio de legalidad está dada en la prohibición de analogía e interpretación restrictiva. Por tal se entiende la prohibición de aplicar la ley penal, a otros supuestos para los cuales no está expresamente señalada la ley. En doctrina se le ha definido de la siguiente forma:

> La prohibición de extender la ley penal por analogía en perjuicio del afectado, ya sea a la hora de fijar los presupuestos de la penalidad, ya sea en la determinación de la pena, es la exigencia central que impone el principio de legalidad al juez penal (nullun crimen, nullun poena lege stricta). Esta prohibición incluye también lo que una generosa determinación conceptual del derecho consuetudinario entendía como consecuencia de la misma: un derecho judicial que, en perjuicio del afectado, va más allá de lo que permite el marco legal[40].

En la doctrina nacional sobre este principio, se ha señalado:

> Otra consecuencia del principio de legalidad, es que aún cuando exista algún vacío o laguna en el ordenamiento: o bien, por mucho que se estime la necesidad de incriminar una conducta no sancionada por ley; o considerar como agravante una situación no prevista en el texto legal; es absolutamente prohibida la interpretación analógica de la norma penal.[41]

Este principio que se deriva del principio de legalidad, se sustenta en la prohibición de sancionar, mediante la imposición de una pena, conductas que no se encuentran tipificadas en la ley. En este sentido, el artículo 2 del Código Penal expresamente señala: "No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal". Y complementando tal principio, se estatuye en el artículo 2 del Código Procesal Penal sobre el mismo lo siguiente:

---

[40] Hassemer, Winfried. (1984). p. 332.
[41] Ver Mora Mora y Navarro Solano, **Óp. cit.,** p. 75.

> Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.[42]

La regla de la prohibición de la analogía o la interpretación extensiva, tiene lugar no solo en materia de derecho sustantivo, sino que se complementa con su regulación a nivel del derecho procesal, con la finalidad de salvaguardar el derecho a la seguridad y la certeza jurídica, a la que tiene derecho el imputado dentro del proceso penal, pues la prohibición de la analogía es una forma más a través de la cual se manifiesta el principio de legalidad en el proceso penal costarricense.

2.2. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Este principio de lesividad o de ofensividad, como se le llama también en doctrina[43], se revela como uno de los fundamentos sobre los cuales, se sustenta el ejercicio del derecho penal, pero sobre todo, la efectividad de su carácter punitivo o sancionatorio. La naturaleza de este principio está directamente relacionada con la finalidad de protección de bienes jurídicos fundamentales, que se persigue a través del derecho penal y que puede resumirse en pocas palabras, pues para identificarlo basta con señalar que no existe delito sin daño y que su intervención solo será legítima, cuando se constate la afectación o lesión de un bien jurídico de naturaleza fundamental, ya que cuando no se produzca tal afectación jurídica, el derecho penal no debe intervenir y, si lo hace, su actuación devendría en irracional y desproporcional.

Líneas atrás cuando se analizó la función del derecho penal, se señaló que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas que conviven en sociedad, por lo que cuando se estima que dichos valores son esenciales, se les brinda una especial protección a través del derecho penal, para lo cual se dispone una serie de conductas que se tipifican como prohibidas y a las cuales, ante su comisión, se les establece una pena o una medida de seguridad. Pues bien, puede entenderse la aplicación del derecho penal, con las consecuencias que implica el efectivo ejercicio que conlleva la activi-

---

[42] **Código Penal de Costa Rica**, Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17ª Edición, San José, artículo 2, p. 16.

[43] Puede revisarse en este sentido: Carbonell Matteu, **Óp. cit.**, p. 215.

dad punitiva, cuando alguno de estos valores y bienes jurídicos considerados esenciales, resulta dañado o de alguna forma haya sido puesto en peligro, precisamente por una conducta delictiva. En este sentido, el principio de lesividad exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: nullun crimen sine injuria.

Asimismo, el principio de lesividad está directamente relacionado con el artículo 28 constitucional, en donde se establece:

> Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas[44].

Este artículo es trascendental en cuanto señala el marco de acción del derecho penal, ya que el mismo solo puede intervenir por actos que sean contrarios a la ley y que afecten bienes jurídicos fundamentales. En ese sentido, señala el numeral 28 de la Carta Magna, que las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción del derecho penal, por cuanto bajo dichas circunstancias, no puede darse afectación de bien jurídico alguno. A contrario sensu, el derecho penal va a intervenir, cuando la conducta desplegada haya afectado o al menos puesto en peligro, un bien jurídico fundamental. Se habla entonces de dañosidad o lesividad de ese bien jurídico fundamental.

Sobre este principio de lesividad, se ha manifestado la Sala Constitucional en reiteradas ocasiones. En uno de estos fallos, señaló lo siguiente:

> El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525-93 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres

[44] **Constitución Comentada de Costa Rica.** Primera edición. Mc.GRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. **Óp. cit.**, art. 28.

de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que:

Al disponerse constitucionalmente que 'las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley' -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero'.

Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta;[…][45].

El tema de la lesividad, entendida como afectación o producción de un daño de un bien jurídico fundamental que ha tenido su origen en el despliegue de una conducta ilícita, se convierte en un aspecto trascendental en el derecho penal. No basta con acreditar la subsunción de la conducta investigada en el tipo penal, pues se requiere además la efectiva afectación del bien jurídico al que se brinda dicha protección. Sólo de esta forma, se facultan la intervención de la actividad punitiva estatal, realizada por el Ministerio Público, y la imposición de una pena, una vez acreditada la culpabilidad del procesado.

---

[45] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1588-1998, de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Si se pretende encontrar una respuesta a la necesidad de imponerle límites a la actuación punitiva estatal, la encontramos precisamente en la naturaleza gravosa del sistema penal y la grave afectación que produce para la persona que es sometida a su competencia. Es por ello que no basta la constatación de tal afectación o lesión, pues el otro requisito es que la misma sea significativa, en la medida que justifique la intervención del sistema penal.

En este sentido, la Sala señaló en la resolución número 6410, de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis:

> Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equili-

> brar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición[46].

2.3. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Otro principio fundamental donde se sustenta el proceso penal en un Estado constitucional de derecho, como lo es el costarricense, es el principio de inocencia. La doctrina nacional lo ha identificado de la siguiente forma:

> Según el cual ninguna persona puede ser tratada ni considerada como culpable hasta el momento en que se dicte en su contra una sentencia condenatoria firme, la cual debe ser dictada por un juez legalmente nombrado –principio de juez natural- luego del debido, correcto y amplio ejercicio del derecho de defensa, con lo cual se llegue a destruir aquella presunción. De todo ello, deviene que el sujeto sometido a proceso penal no debe demostrar su inocencia ante la instancia judicial, muy por el contrario, es su acusador quien tiene la obligación de demostrar su culpabilidad, si ello no sucede así, deberá respetarse la inocencia del imputado y absolvérsele de toda pena y responsabilidad, según las garantías y derechos que brinda nuestro moderno sistema de justicia penal[47].

El principio de inocencia se encuentra regulado en el artículo 39 constitucional, en donde se establece que:

> A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Varias consecuencias surgen de esta norma: en primer lugar la persona indiciada o acusada deberá ser considerada inocente, a lo largo de todas las etapas del proceso, hasta que se llegue a demostrar lo contrario, mediante

---

[46] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1588-1998, de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho. **Sobre la teoría del bien jurídico puede revisarse**: Binder, **Óp. cit**., pp. 162-163.

[47] Chinchilla Sandí. Carlos. (2000). **En Constitución Política Comentada de Costa Rica. Óp. cit.**, p. 125.

el dictado de una sentencia firme, en donde se tiene que haber cumplido con todos los requisitos que implica el debido proceso. La persona acusada no tiene la obligación de acreditar su inocencia, pues la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público o el querellante en delitos de acción pública a instancia privada, los cuales tienen a su cargo la obligación de demostrar su culpabilidad. Durante todas las etapas del proceso, ninguna autoridad podrá presentarla como culpable ni brindar información sobre ella en tal sentido.

Este principio se recoge en el artículo 9° del Código Penal, el cual indica:

> El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código.

En la doctrina extranjera dicho principio se analiza de la siguiente manera:

> Pero, con todo, es posible seguir considerando a la presunción de inocencia como pilar básico del sistema procesal si se tiene en cuenta que el proceso, por un aparte, debe caminar con seguridad hacia un esclarecimiento definitivo de las cuestiones de hecho y de culpabilidad, pero que, por otra parte, también puede concluir con la afirmación de que el acusado es inocente. Si es inocente es que lo ha sido desde el principio y, si esto es así, cualquier opinión precipitada sobre su culpabilidad representa no sólo una grave lesión de sus intereses, sino también una lesión innecesaria. El principio de presunción de inocencia se deduce de la posibilidad de que del proceso resulte la falta de culpabilidad del acusado o de que, en su caso, su culpabilidad no sea suficientemente probada. De aquí se deriva todo lo demás: a pesar de la presunción de inocencia se puede dar comienzo a un proceso y avanzar en el esclarecimiento de la sospecha del delito, pues, de otro modo, no podría adoptarse una decisión sobre la culpabilidad o la inocencia. A pesar de la presunción de inocencia puede recaer una sentencia condenatoria no firme y ser hecha pública, pues, de otro modo, no podría tener lugar una Administración de Justicia acorde con un Estado de Derecho[48].

[48] Hassemer, Óp. cit.,, p. 199.

El principio de inocencia se manifiesta como uno de los grandes pilares, sobre los cuales se sostiene el proceso penal, aunque el mismo parece desnaturalizarse, cuando se imponen medidas cautelares como la prisión preventiva, las cuales se sustentan entre otros elementos, en la existencia de indicios comprobados, en cuanto a la comisión del delito. En este sentido, se refiere el artículo 239 inciso a) del Código Procesal Penal. Además, parece que la existencia de este requisito para el dictado de la prisión preventiva, vulnera dicha presunción de inocencia.

Si por una parte se afirma, en forma categórica, la existencia del principio de inocencia y, que a lo largo de todo el proceso, cubre al procesado y, paralelo a ello, se impone una medida tan gravosa, como lo es la prisión preventiva y la que se sostiene en la medida que existan indicios comprobados de la comisión del delito, parece que este requisito que posibilita la prisión preventiva, vulnera dicha presunción de inocencia.

Otro presupuesto que roza con el principio de inocencia, es sin duda alguna, el de la reiteración delictiva, previsto también como presunción, que da margen para decretar la prisión preventiva. Cómo no va a estar en contra del principio de inocencia, si el mismo se sustenta sobre un hecho futuro e incierto y, a pesar de ello, ha sido contemplado como un presupuesto para ordenar la privación de un derecho fundamental de una persona, como lo es su libertad.

Este principio de inocencia cobra vigencia con la existencia de un principio de naturaleza universal y que precisamente está regulado en la parte final del artículo 9° del Código Penal, para ello se indica:

> En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.

De esta forma, el Código Penal costarricense regula el denominado principio del in dubio pro reo, el cual se desprende del principio de inocencia y opera cuando de las cuestiones fácticas sobre las que se ha debatido en el juicio oral y público, o cuando de las pruebas que constan en autos[49], surge duda sobre la responsabilidad de la persona investigada por la comisión del hecho delictivo, duda que tiene su fundamento ante la presencia de pruebas que, en un sentido, indican la autoría del hecho acusado. Pero también existen

---

[49] El dictado de una sentencia absolutoria, aplicando el principio del in dubio pro reo, puede tener su origen luego de realizada la audiencia preliminar y cuando el juzgador concluye que de las probanzas surgen serias dudas, en cuanto a la comisión del delito, por lo que aplica tal criterio. Por estos motivos, la aplicación del in dubio pro reo, no siempre tiene que ser producto del juicio oral y público.

otras que descartan tal actuación. Por ello ante la presencia de pruebas que, por su naturaleza, se manifiestan contradictorias, se produce precisamente la duda y se debe absolver de toda pena y responsabilidad a la persona acusada. En este sentido, tal principio ha sido identificado por la doctrina nacional:

> El Tribunal se encuentra en duda cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, pero a los cuales no se les da la credibilidad necesaria para derivar con certeza lo que se pretende probar, sea porque existen otras pruebas que lo descartan o porque aquella prueba en sí misma no merece confianza. Si no hay elementos de prueba que incriminen al imputado, no puede existir duda, y la absolutoria tendría que decretarse por no existir elementos probatorios que lo incriminen. Cualquier yerro del Tribunal en este último sentido tendría que ser impugnado como un problema relativo a la fundamentación. La duda, en cambio, se presenta cuando hay incertidumbre entre distintas opciones sin poderse inclinar con certeza por alguna de ellas[50].

Con el principio del in dubio pro reo, se pone de manifiesto la concurrencia de varias opciones, desde el punto de vista probatorio, entre las cuales ninguna de ellas, logra superar a la otra. Por esta razón, precisamente surge el estado dubitativo que favorece al imputado con una sentencia absolutoria. En este sentido, sobre el in dubio pro reo y el principio de inocencia, se ha indicado en la jurisprudencia nacional lo siguiente:

> El principio in dubio pro reo tiene su fuente de origen en el principio de inocencia y es una regla específica que obliga a absolver en caso de dudas razonables insuperables, pues la condena solo puede basarse en la certeza -necesaria demostración de culpabilidad, numeral 39 de la Constitución Política-. Sin embargo, la certeza puede no alcanzarse por la existencia de una duda, o por insuficiencia de pruebas. Ambos estadios del conocimiento conducen indefectiblemente a la absolutoria, pero sólo la que se fundamenta en la duda absoluta da lugar a la aplicación del principio in dubio pro reo. El tema no es pacífico en la doctrina, pues existe una posición respetablemente mayoritaria que considera que cualquier estado del conocimiento por debajo de la certeza positiva, con-

[50] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1098-2001, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de noviembre de dos mil uno.

duce a la aplicación del principio in dubio pro reo, lo que genera una identificación del principio de inocencia e in dubio pro reo: "Su contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede ser fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia del hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución [..]". Maier, ibid. p. 496. Se trata de la posición del juzgador frente al conocimiento de la verdad sobre la existencia o no del hecho histórico y de la responsabilidad o no del acusado, luego del juicio. La certeza, la duda y la probabilidad son distintos grados o niveles de conocimiento, que conducen a soluciones distintas. Para muchos autores, la duda y la probabilidad -cuya existencia nadie niega que conduce a la absolutoria- generan igualmente la aplicación del principio in dubio pro reo. "Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor que el anterior, pues los elementos que afirman la conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta. Conviene advertir que de estas tres posiciones, las dos primeras han sido afirmadas como bipolares, pues se puede exteriorizar la certeza o la probabilidad de que algo existió o no existió; por ejemplo, de que el imputado tomó parte en la ejecución del hecho o de que no participó en él; la duda, en cambio, es siempre un estado de incertidumbre y, por tanto, neutro […] Sin embargo, la Sala ha sostenido el criterio de que la insuficiencia de pruebas no es un supuesto de aplicación del principio in dubio pro reo sino de absolutoria por esa razón –y por ende en aplicación del principio de inocencia- y que sólo la duda da lugar a la aplicación del principio in dubio pro reo, controlables en todo caso ambos

> supuestos, en casación. Así, en el precedente 158-94 de las 8:50 horas del 20 de mayo de 1994, se consideró: "[…] En tal sentido no debe confundirse la duda con la falta de elementos probatorios, pues ésta última podría constituir en realidad un problema de falta de fundamentación (véase SENTIS MELENDO, SANTIAGO. In dubio pro reo, EJEA, Buenos Aires, 1971, en especial pp 79 ss.) El Tribunal se encuentra en duda cuando existen determinados elementos probatorios que señalan la culpabilidad del imputado, pero a los cuales no se les da la credibilidad necesaria para derivar con certeza lo que se pretende probar, sea porque existen otras pruebas que lo descartan o porque aquella prueba en sí misma no merece confianza. Si no hay elementos de prueba que incriminen al imputado, no puede existir duda, y la absolutoria tendría que decretarse por no existir elementos probatorios que lo incriminen. Cualquier yerro del Tribunal en este último sentido tendría que ser impugnado como un problema relativo a la fundamentación. La duda, en cambio, se presenta cuando hay incertidumbre entre distintas opciones sin poderse inclinar con certeza por alguna de ellas[51].

En el anterior fallo, citado en forma muy amplia, se analiza la situación de la duda que surge como un estado de incertidumbre, cuando concurren pruebas a favor y pruebas en contra de la culpabilidad de la persona procesada, situación que debe diferenciarse en forma adecuada de aquella, en donde no existen pruebas en cuanto a la participación de la persona procesada en la conducta ilícita investigada.

No obstante, en la práctica diaria nuestros jueces no hacen mayor diferenciación entre la duda generada en la concurrencia de pruebas a favor y en contra de la persona sometida al proceso, y aquella otra situación totalmente diferente que se genera cuando no existen del todo pruebas que comprometan a la persona acusada, en cuanto a la comisión del hecho ilícito investigado, es decir, ante la ausencia de pruebas.

Si se analiza cuidadosamente lo que ocurre en la práctica diaria, puede afirmarse que los jueces de juicio han tenido por costumbre, no hacer mayor distinción entre la ausencia total de pruebas y la aplicación de la duda en la sentencia absolutoria, ya que generalmente aplican el in dubio pro reo, en forma indiferenciada para una u otra situación.

---

[51] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1324-2005, de las nueve horas, cuarenta y cinco minutos del dieciocho de noviembre de dos mil cinco.

La sentencia absolutoria por ausencia total de pruebas, dista mucho de aquella que se dicta propiamente por duda. Y es que la diferencia entre una y otra, así como los efectos que implica cada una de ellas, por lo menos a nivel social son incuestionables, pues no es lo mismo para una persona que la absuelvan por ausencia total de pruebas, que por duda ante lo contradictorio de las pruebas a favor y en contra.

El hecho de que se establezca en forma clara, que la sentencia absolutoria que se dicta, surge por certeza ante la ausencia total de pruebas en su contra y no en aplicación del principio universal del in dubio pro reo, debería formar parte del debido proceso y ser considerado como un derecho fundamental.

Además, una consecuencia de esta situación en particular, es lo atinente al reclamo civil. En este sentido, la sentencia absolutoria que tiene su origen en la certeza, elimina toda posibilidad de éxito, en cuanto a que la parte perdedora pretenda, en la vía civil, reclamar los daños y perjuicios. Esta, posibilidad no se elimina, si el dictado de la sentencia surge aplicando el principio de la duda, y me refiero para los casos antes señalados, en donde se absuelve por duda cuando en realidad debió dictarse la absolutoria por ausencia total de pruebas. Por tanto, se manifiesta la importancia de que la sentencia ante la ausencia total de pruebas, sea dictada de esa forma y no en aplicación del principio del in dubio pro reo.

De esta forma, el principio de inocencia se expresa como uno de los principios rectores del proceso penal y de incuestionable valor dentro de un Estado democrático como el costarricense. No obstante, el mismo se debe ir perfeccionando en la práctica diaria y, en tal labor, la Defensa Pública tiene un papel fundamental. Asimismo, se debe recurrir la sentencia absolutoria sustentada en la aplicación del principio del in dubio pro reo, cuando en realidad debió serlo por ausencia total de pruebas, pues dicha situación es una prueba clara de la violación del principio de inocencia y, por ello, del principio del debido proceso, del cual forma parte aquel.

2.4. EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

Otro principio fundamental donde se sustenta la aplicación del derecho penal, es el principio de la dignidad humana. Se afirma que el ser humano como tal, debe ser el fin y no el medio de la justicia y, por ello, el respeto del ser humano se convierte en un límite claro del ejercicio de la actividad punitiva estatal y, por ende, de la aplicación del derecho penal. En doctrina, el principio de la dignidad humana ha sido analizado de la siguiente forma:

> El reconocimiento de la dignidad humana implica el reconocimiento del otro, algo que en la modernidad se ha soslayado en culturas etnocéntricas. Reconocer en el otro su humanidad, tan valiosa como la nuestra, implica dignificarlo como ser humano, tan independiente de sus condiciones de raza, credo, nacionalidad, sexo, etc., es reconocerlo como miembro de la familia humana. Es lo que se ha dado en llamar el reconocimiento de la alteridad, reconocimiento del otro, que significa a la vez reconocer las diferencias, la diversidad, y con ello, su identidad. La perdida de esa identidad es un fenómeno intensificado en una modernidad que trata de uniformar y homogenizar el cuerpo social, de masificar, de engullir al diferente, al desviado; y en esto, el sistema penal tiene mayor proclividad, con su gran fuerza estigmatizadora y excluyente. La paradoja de nuestros sistemas penales salta a la vista; al tiempo que proclaman proyectos de resocialización, se encierra a los detenidos y condenados de manera excluyente, etiquetándolos y estigmatizándolos de manera indeleble[52].

La amplia explicación que presenta el autor Fernando Tocora de lo que se debe entender por el principio de dignidad humana, permite tener una clara visión de su contenido y significado. Por una parte, lo identifica con el reconocimiento del otro y de su dignidad como ser humano. Sin embargo, va más allá de tal criterio, pues lo identifica además con el respeto hacia la persona, pero desde el punto de vista de su diferencia, su diversidad y su identidad.

Puede afirmarse que analizado de esta manera el principio de dignidad humana, se manifiesta en forma dual, la cual debe ser tomada en consideración al momento en que se aplica el derecho penal. Es decir no solo la dignidad debe ser vista como respeto al ser humano, sino que se deben tomar en consideración sus diferencias, su diversidad y su identidad. Solo de esta forma, se puede afirmar que se manifiesta efectivamente el respeto por la dignidad humana, meta a la cual debe aspirar la administración de justicia, la cual a pesar de que se señala entre los valores de nuestra institución, muchas veces es desatendida. Esta situación sucede cuando se trata hasta con desdén o desagrado a personas indigentes, drogadictas o, incluso, personas que tienen preferencias sexuales diferentes a las consideradas "normales" o inclinaciones sexuales diversas a las generalmente admitidas en el ámbito social.

---

[52] Ver Tocora, **Óp. cit**., p. 32.

Viene a mi mente lo acontecido en una oportunidad, cuando laboraba en la localidad de San Carlos, entre agosto y septiembre del año 1992, y el juez contravencional regañó en forma severa a un señor, porque llegó a una audiencia con botas de hule y con vestimentas muy sencillas. El juez le señaló que debía presentarse siempre ante la autoridad judicial, vestido en forma decente.

¿Cómo pedirle a una persona de una zona alegada, que salió en la madrugada de su casa, semejante requisito? Sin duda, a este juzgador le faltó poner en práctica el principio de dignidad humana y entender las circunstancias de aquella persona, que con tanta humildad, se presentó aquella mañana ante su despacho, incluso saliendo tan temprano de su casa, ubicada en un lugar muy alejado.

Reconocer las diferencias, pero sobre todo entenderlas y respetarlas, son un pilar fundamental del principio de dignidad humana. Es por ello que, el defensor y defensora Públicos en sus labores diarias, se enfrentan a situaciones de esta naturaleza, donde deben tener una gran dosis de tolerancia y una gran sensibilidad para hacer frente a dichas situaciones, sin olvidar este principio.

En este sentido, desde el inicio de nuestras labores como defensor (a) público (a), se debe tener claro que se resguarda los derechos y garantías fundamentales de personas que usualmente pertenecen a los sectores más desposeídos de nuestra población y, por ende, más necesitadas de la prestación del servicio que el ordenamiento jurídico nos ha confiado. Para ello, no podemos olvidar que el defensor y defensora públicos son tan solo un asesor o una asesora de la persona acusada, y que el proceso penal gira alrededor de esta persona.

El principio de dignidad humana incluso se debe poner de manifiesto en el trato que se le da a la persona que se atiende. Además, la cordialidad en el trato y la utilización de un lenguaje que permita ponernos al nivel de esta persona, sin duda facilitarán el proceso de comunicación y, por ello, la vigencia de este principio.

Este principio de dignidad humana generalmente se le ha relacionado con la ejecución de la pena, en cuanto a que la misma no puede ser inhumana. No obstante, su significado tiene injerencia directa más allá de la ejecución de la pena. En este sentido, se indica en doctrina:

> Fundamento de la Política Criminal ha de ser, por último el principio de Humanidad, este principio impone que todas las relaciones humanas que el derecho penal hace surgir en el más

> amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y a la asistencia sociales y de una libre recuperación del condenado. Así el principio de Humanidad se ha convertido, sobre todo, en el principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad[53].

El principio de humanidad se ve fortalecido, cuando en el artículo 40 de nuestra Constitución Política, se prohíben los tratamientos crueles e inhumanos, y para tales efectos se establece:

> Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.

Como se desprende de la norma constitucional, no puede señalarse que el principio de humanidad solo tiene que ver con la ejecución de la pena, sino que más bien la misma domina todo el proceso penal, e incluso nótese que refiere la nulidad de la declaración obtenida mediante la utilización de violencia, con lo cual más bien nos ubica propiamente en los inicios del proceso de investigación de la conducta contemplada o señalada como delictiva. Este mandato constitucional es recogido en el Código Procesal Penal, y para ello se indica:

> **ARTICULO 96.- Prohibiciones**:
>
> En ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvenciones tendentes a obtener su confesión.
>
> Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de psicofármacos y la hipnosis.
>
> La promesa de una ventaja sólo se admitirá cuando esté específicamente prevista en la ley. Si por la duración del acto

---

[53] Ver Tocora, Óp. cit., p. 32. **En igual sentido, véase**: Heinrich Jescheck, Hans, (1981). **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, p. 35.

> se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan.
>
> Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente.

En la norma antes transcripta, se enuncia una serie de prohibiciones que, en su totalidad, tiene por finalidad, salvaguardar la dignidad de la persona que es sometida al proceso penal. En igual sentido, tal principio es nuevamente señalado en las normas que regulan la legalidad de la prueba, y para ello se afirma:

> **ARTICULO 181.- Legalidad de la prueba**
>
> Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.
>
> A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.

Ambas normas se complementan, pues la primera establece las prohibiciones legales que afectan la dignidad humana. En tanto que la segunda se refiere al aspecto probatorio, y señala la validez de la misma, solo cuando se ha realizado sin afectar la dignidad humana.

Para complementar el tema, Fernando Tocora señala:

> La humanidad es por sí misma una dignidad; el hombre no puede ser tratado por el hombre, como un simple medio, sino que debe ser tratado también como un fin; es precisamente en ello que radica su dignidad (la personalidad), y es por ahí que se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son personas y que pueden servirle de instrumentos, es decir, por encima de todas las cosas[54].

[54] Ver Tocora, Óp. cit., p. 38.

En el plano jurisprudencial a nivel nacional y, recientemente sobre este principio regulador del derecho penal, se ha indicado:[55]

VI.- El personal de seguridad penitenciario debe enfrentar la difícil tarea de garantizar el orden institucional con personas que, a menudo demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales, en un medio que es esencialmente violento: el encierro de los seres humanos; aunque se trate de los más fieros delincuentes, las prácticas para la contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad es necesario aplicar armas químicas, como son los gases mostaza y otros tóxicos como el gas CN, o las llamadas técnicas de adiestramiento que incapacitan por varios días a los privados de libertad, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

VII.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza que:

"Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*"*.

Y el respeto debido a esa dignidad prohíbe la utilización de gases que, tal como lo confirman los dictámenes médico legales, son altamente tóxicos. Pero, además de contrario a la dignidad, el uso de esos gases contra los privados de libertad constituye tortura y un tratamiento cruel y degradante. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Ley No. 7934 de 12 de octubre de 1999), en su artículo 2º, entiende por tortura:

"todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva , como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como

[55] Se advierte que la cita es bastante extensa, pero se transcribe así para lograr una mejor comprensión de los diversos e importantes aspectos que en ella se analizan.

tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

Además, la Convención establece que:

"Artículo 5.-

> No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura*".*

La prohibición de la tortura y los tratamientos crueles y degradantes es absoluta; se trata de un derecho fundamental sin limitación ni límite alguno: cualquier acto que constituya tortura está vedado por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. A mayor abundamiento, cabe indicar que esta prohibición está contemplada, además, del artículo 40 de la Constitución Política, que prohíbe los "tratamientos crueles o degradantes" en numerosas normas internacionales sobre la materia, que por virtud del artículo 48 constitucional, se incorporan a la lista de derechos tutelados mediante el amparo, entre otras:

A) De la Declaración Internacional de Derechos Humanos de la ONU, el artículo 5 que prohíbe las torturas, las penas y los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes; reforzada por la Declaración de Teherán de 13 de mayo de 1968;

B) Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el artículo 7 con similar contenido y el 10 sobre el trato humanitario y el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de libertad;

C) Artículos I Y XXV de la Declaración Americana Sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida, la libertad e integridad personales y sobre la protección contra detenciones arbitrarias;

D) Artículos 5 y 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la integridad y libertad personales;

E) Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución N36/46, de 10 de diciembre de 1984;

F) Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas y reiteradas por el Consejo Económico y Social de la ONU por resoluciones 663 (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2858 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971; 3144 B (XXXVIII) de 14 de diciembre de 1973; 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, en lo aplicable a las detenciones administrativas;

G) La Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 3452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975 y reiterada y reforzada por resoluciones 32/63 de 8 de diciembre de 1977; 32/64;

H) El Código de Conducta Para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de 17 de diciembre de 1979; normas todas que se recogen en la sentencia número N3724-93 de quince horas del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y uno, en la cual, además, se pone de relieve otras disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura que enmarcan la definición, persecución y prevención de la tortura así como otras que comprometen al Estado para su erradicación:

"Artículo 10.

1. Todo Estado parte velará porque se incluyan una educación y una formación completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

Artículo 11. Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Artículo 12. Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13. Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos sean protegidos contra los malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado".

> VIII.- De todo lo anterior no es posible otra conclusión que la de declarar que en ningún caso pueden ser utilizados los gases mostaza y CN, ni cualesquiera otros que produzcan efectos similares, especialmente en los centros penitenciarios, porque constituyen el delito de tortura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura antes citado. Además, se debe brindar educación al personal de seguridad de los centros penitenciarios en cuanto al uso de los dispositivos de gases irritantes permitidos[56].

El anterior fallo se manifiesta como uno de los más importantes dictados por la Sala Constitucional de nuestro país, en materia de dignidad humana, por lo menos en los últimos tiempos, por la forma clara y precisa como aborda dicha temática, condenando la utilización en las cárceles de nuestro país, del mencionado gas mostaza como medio supuestamente para lograr el sometimiento de los reclusos a las reglas imperantes en dichos centros reclusorios, práctica desde todo punto de vista altamente reprochable.

Además, interesa resaltar la enunciación que realiza la resolución de los diversos instrumentos internacionales que condenan toda esta serie de prácticas, que van en contra de la dignidad humana y a las cuales nuestro ordenamiento jurídico, les da plena aplicación en virtud del artículo 48 constitucional que así lo señala en forma expresa.

La dignidad humana, entendida como un límite al ejercicio del derecho penal, tiene plena vigencia a lo largo de todo el proceso penal, e incluso

---

[56] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Resolución número 2006-3678, de las catorce horas y treinta y siete minutos del veintidós de marzo del dos mil seis.

antes de la iniciación formal de la investigación penal, protegiendo a aquellas personas que son sometidas a los actos preliminares de la investigación. Ejemplo de ello, es el trato que se les debe dar a las personas que fungen como sospechosas de la comisión de un delito. Pero también tiene vigencia a nivel de la ejecución de la sentencia penal, con lo cual puede afirmarse que dicho principio no pierde vigencia en ningún momento, como un límite al ejercicio investigativo y sancionatorio que ejerce el Estado.

La vigencia de dicho principio también se da en otras áreas no relacionadas con el derecho penal, como son el campo de la salud, del trabajo, etc., en donde la Sala Constitucional de nuestro país se ha pronunciado en su favor, condenando todos aquellos actos u omisiones que atentan contra la dignidad humana.

Es incuestionable el deber que recae sobre todos los defensores (as) públicos (as) de nuestro país, de velar por el respecto irrestricto del principio de humanidad de todos (as) aquellos (as) representados (as). Pero sobre todo se debe tener siempre presente que tal principio debe ser puesto en práctica, en primer lugar por el (la) propio (a) profesional. Incluso se debe ofrecer en un trato adecuado y acorde con las necesidades de cada usuario (a), teniendo presente que la dignidad humana no se ve afectada solo con los maltratos físicos, sino también con actuaciones que denigran al ser humano, como lo puede ser un trato inadecuado, etc.

2.5. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Otro principio fundamental que limita el ejercicio de la actividad punitiva estatal que se ejerce a través del proceso penal, es el principio de culpabilidad que sirve precisamente para fijarle un límite, en cuanto a la respuesta sancionatoria que da el Estado, cuando se constata la efectiva afectación de un bien jurídico fundamental. Para ello se debe tomar en consideración, una serie de aspectos que la ley y la doctrina han ido estableciendo. En este sentido, se ha indicado en doctrina:

> El principio de culpabilidad recogido en la locución "no hay pena sin culpabilidad" constituye el fundamento y límite a la acción punitiva estatal manifestada a través de la imposición de la sanción. También el criterio de culpabilidad es una de las categorías técnicas de la estructura del delito.
>
> Una y otra concepción son reconocidas por los artículos 39 de la Constitución Política y 30 del Código Penal en cuanto exigen la culpabilidad del sujeto a quien se imputa la acción

> u omisión para la fijación de consecuencias jurídicas penales […] De ahí que valga mencionar que una persona es considerada penalmente responsable cuando se le puede reprochar su proceder a título de dolo, culpa o preterintención. En este sentido resulta necesario que el sujeto tenga capacidad de culpabilidad para comprender la ilicitud de sus acciones u omisiones y determinarse conforme a esa comprensión (artículo 42 del Código Penal). Si el individuo no tiene esa capacidad será inimputable y podrá aplicársele una medida de seguridad[57].

Efectivamente, la culpabilidad como principio del proceso penal, tiene una función limitadora de la actividad punitiva estatal, en la medida que ante la ausencia de culpabilidad, deben cesar las pretensiones represivas del Estado. En tal sentido, se manifiesta el artículo 39 constitucional al referir:

> A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad[58].

Así mismo, la función limitativa del ejercicio punitivo estatal que impone este principio, se manifiesta concretamente en dos momentos: uno inicial para establecer la autoría de la conducta investigada, es decir, la culpabilidad, lo cual obliga a la valoración del elenco probatorio que así lo demuestre. Esta prueba debe haber ingresado al proceso en forma legal y debe ser valorada, conforme con las reglas que señala la sana crítica racional. Un segundo momento surge al tenerse por acreditada la acción ilícita que es, precisamente, verificar la capacidad de reproche por la conducta desplegada.

En tal análisis, se determina la capacidad que tuvo el agente para actuar en forma diversa a como actuó, sin menospreciar el bien jurídico tutelado. Bajo estas circunstancias, se procede a la fijación del quantum de la pena, la cual debe tomar en consideración el principio de proporcionalidad, pues debe darse una relación directa entre el daño producido y la pena por imponer.

---

[57] Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. (2005). **En los Linderos del ius puniendi. Principios Constitucionales en el derecho penal y procesal penal**. Investigaciones Jurídicas, San José, pp. 322-323.

[58] **En Constitución Política Comentada de Costa Rica.** Cheves Aguilar, Nacira y Araya Pochet, coordinadores. McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. San José, artículo 39.

Sobre este particular, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado, para lo cual ha señalado:

> PRIMERO: En el Derecho Penal existen dos modos de hacer responder al sujeto por sus acciones, que distinguen la responsabilidad objetiva de la subjetiva. Por la primera responde fundamentalmente porque su acción menoscabó un bien jurídico; con ello el derecho pretende primordialmente, volver a equilibrar las relaciones de los bienes jurídicos tutelados que la acción desplegada desequilibró. Por la segunda, responde porque la acción se le puede reprochar por haber actuado con voluntad de desconocer el mandato protector de ese bien jurídico, sea porque directamente ha querido violarlo o por haber aceptado violarlo. En cuanto a la responsabilidad objetiva que es la que nos interesa en el caso bajo examen, esta Sala por resolución número 500-90 de las diecisiete horas del quince de mayo de mil novecientos noventa, negó dicha responsabilidad en el campo penal al establecer "El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el artículo 30 que "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención", de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva o culpa in vigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta - como ya se dijo - debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquel le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente". Con lo anterior se demuestra que la culpabilidad importa una situación psicológica entre el sujeto y el hecho cometido, que se traduce en la omisión de cierta actitud que el derecho penal impone a la conducta social, de ahí que su estudio en nuestro sistema impone como presupuesto la imputabilidad personal, es decir la conducta culpable merece reproche como lo ha señalado esta Sala, pero es preciso saber si el sujeto, en razón de haber actuado voluntariamente, es responsable.-

SEGUNDO: En el caso en estudio al recurrente se le condenó con fundamento en el artículo 408 inciso 3 del Código Penal que literalmente dice:

"ARTICULO 408.- Se penará con dos a treinta días multa:

3) Al dueño de ganado mayor o menor o de cualquier animal manso o domesticado, o el encargado de su custodia, que lo dejare vagar en lugar de tránsito público".-

Considera la Sala que si bien es cierto dicha norma no presenta en sí misma una probable responsabilidad objetiva, la aplicación que de ella se dio por parte del señor Alcalde, sí originó una responsabilidad de esa naturaleza, pues siendo el señor E. L. C. el cuidandero y custodio del ganado del señor J. L. R. le atribuye la culpabilidad a este último, sin que exista en el expediente prueba suficiente para determinar que el recurrente facilitó la consumación del hecho, o al menos la posibilitó. Es del criterio de la Sala que el error grave en que incurrió el Juzgador consistió en que interpretó que la "o" entre el dueño del ganado y el encargado era copulativa, es decir que podía condenar a cualquiera de los dos indistintamente, lo cual es manifiestamente improcedente, toda vez que por la necesaria demostración de su culpabilidad, la "o" debe ser interpretada como disyuntiva, de tal manera que en tanto se demuestre la culpabilidad a cualquiera de ellos, a él se le atribuirá la comisión del hecho. En otras palabras, la culpabilidad se le atribuye a quien se le demuestre, sea al dueño o al encargado del cuido del ganado y la falta de diligencia motivadora del hecho delictivo. Por todo lo anterior hizo mal la autoridad recurrida al condenar al recurrente por el sólo hecho de que él era el supuesto dueño del animal, pues a lo sumo debió de haber condenado al custodio del ganado si es que respecto de él se demostró su culpabilidad en relación al resultado penalizable. Así las cosas el razonamiento para condenarlo contraviene el artículo 39 ya citado de la Constitución Política y por ende el recurso debe ser declarado con lugar, dejándose sin ningún efecto el pronunciamiento dictado a las quince horas con treinta y cinco minutos del catorce de junio de mil novecientos noventa, dictado por el Alcalde de Sarapíqui, restableciéndose al ofendido en el pleno goce de sus derechos a la libertad[59].

[59] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 2063-91, de las diez horas cinco minutos, del once de octubre de mil novecientos noventa y uno.

En otro fallo muy importante, la Sala se refirió al principio de culpabilidad, en el mismo señaló lo siguiente:

> Recurso de hábeas corpus interpuesto por R. U. S. mayor, casado, licenciado en mercadotecnia, vecino de Escazú, cédula de identidad x. x. x. contra la señora alcaldesa segunda de faltas y contravenciones de esta ciudad.
>
> I.- El recurrente señala que la autoridad jurisdiccional recurrida violó en su perjuicio lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política, al condenarle como autor del delito de "infracción a la Ley de Protección al Consumidor", cuando se acreditó fehacientemente en juicio que él no tuvo nada que ver con la marcación de los artículos que dio base a la iniciación de la instructiva en su contra.
>
> I.- HECHOS PROBADOS: De importancia para la resolución del presente recurso y como debidamente demostrado se tienen los siguientes hechos: a) que contra el recurrente Rodrigo Uribe Sáenz se siguió en la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones de San José, una causa en la que se le atribuyó ser autor de una infracción a la Ley de Protección al Consumidor, pues en inspección realizada a las diez horas treinta minutos del once de octubre del año pasado, en el local comercial Más X Menos, ubicado en avenida 0 entre calles 11 y 13 de esta ciudad, inspectores del Ministerio de Economía y Comercio constataron que varios de los productos que ahí se vendían no estaban marcados en forma unitaria (recurso de folio 1, informe de folio 8 y expediente 95-J-90 de la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones); b) Que por resolución de las diez horas y treinta minutos del diecisiete de abril del año en curso, la señora jueza condenó al recurrente, en su condición de presidente ejecutivo de la corporación "Más x Menos", a pagar en favor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, veinte días multa a razón de trescientos colones el día, sea un total de seis mil colones, como autor de la contravención de infracción a la Ley de Protección al Consumidor (resolución de folio 14 del expediente 95-J-90 de la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones); c) Que para dictar la citada resolución la señora alcaldesa tomó en consideración que si bien el señor Uribe Sáenz "no es el encargado directo de la marcación de precios, es el representante legal de la compañía y como tal debe velar por el cumplimiento de todos los aspectos de la misma y por tanto es el responsable de tal infracción". (Mismo elemento probatorio del hecho anterior).

II.- El constituyente en el artículo 39 de la Carta Magna estableció el principio de culpabilidad como necesario para que una acción sea capaz de producir responsabilidad penal, el Código de esta materia en los artículos 30 y siguientes desarrolla este principio, disponiendo en el 30 que "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley sino lo ha realizado por dolo, culpa o preterintención", de donde no resulta posible constitucional y legalmente hablando, aceptar la teoría de la responsabilidad objetiva, o culpa invigilando que sí resulta de aplicación en otras materias, pero que por el carácter propio de la pena se encuentran excluidas de aplicación en lo penal, pues en ésta- como ya se dijo- debe demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquél le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto para que pueda imponérsele una pena, a contrario sensu, si al sujeto no se le puede reprochar su actuación, no podrá sancionársele penalmente. Con base en la responsabilidad objetiva, al autor de un hecho se le puede imponer una pena no obstante que su comportamiento no le pueda ser reprochado personalmente; en este caso lo decisivo es la causación objetiva del resultado dañoso, sin exigir que entre éste y la acción del sujeto exista relación de culpabilidad. La señora alcaldesa condena al recurrente sin acreditar si es o no el responsable del marcaje de los artículos que fueron encontrados en un almacén de su representada, sin ser marcados individualmente, pues a su entender la responsabilidad le deviene por ser el representante legal de la compañía, aunque no sea el encargado directo de la marcación de precios, ni tenga nada que ver con ello, este razonamiento contraviene claramente lo dispuesto en el artículo 39 ya citado de la Constitución Política y por producirse con ello una amenaza a la libertad deambulatoria, pues en caso de no pago Uribe Sáenz deberá cumplir veinte días de prisión, el recurso debe ser declarado con lugar, dejándose sin ningún efecto el pronunciamiento dictado a las diez horas y treinta minutos del diecisiete de abril del año en curso, de la Alcaldía Segunda de Faltas y Contravenciones de San José, restableciéndose al ofendido en el pleno goce de su derecho a la libertad[60].

---

[60] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** San José, Voto número 500-1990, de las diecisiete horas del quince de mayo de mil novecientos noventa.

En los dos casos citados anteriormente, se violentó el artículo 39 constitucional, por cuanto no se acreditó la responsabilidad personal y penal de los recurrentes, ya que sin demostración de culpabilidad, es ilegal la imposición de pena alguna. Además, no es dable para dichos efectos, sustentarse en principios de responsabilidad objetiva que tienen vigencia en materia civil, pero no en la vía penal, en donde la responsabilidad es personal. Por ello, el principio de culpabilidad se manifiesta como fundamental en el derecho penal costarricense, pues sin su acreditación, la actividad punitiva estatal se ve imposibilitada.

Si bien los anteriores principios que fueron analizados, se presentan como esenciales para limitar el ejercicio de la actividad punitiva estatal, el principio de culpabilidad se manifiesta medular, no ya para limitar dicho ejercicio, sino para imposibilitar el ejercicio sancionador que ejerce el Estado, a través de la imposición de la pena.

Por tanto, surge su esencialidad y, por ende, es necesario que sea manejado en forma adecuada por los defensores y defensoras públicos (as), pues el mismo constituye una garantía fundamental en el derecho penal costarricense. No vaya a ser que la ignorancia o el inadecuado manejo de este principio, provoque que personas inocentes sean condenadas injustamente, con todas las implicaciones que ello conlleva para el imputado y, muchas veces, hasta para la familia, cuando la pena que se impone es la privativa de libertad.

2.6. PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL MÍNIMO[61]

Por las graves implicaciones que acarrea la aplicación de las consecuencias del proceso penal, como lo es la imposición de una pena, se dispone que el derecho penal solo debe intervenir en aquellas oportunidades para las cuales, han fracasado otras medidas o medios menos gravosos, a través de los cuales se ha pretendido solucionar el conflicto. Por ello, se indica que el derecho penal es la última ratio, es decir, que debe recurrirse a este en última instancia, por ser precisamente materia gravosa, a través de la cual, se restringen derechos tan fundamentales, como lo es la libertad de las personas.

Por la naturaleza del derecho penal, a través del mismo el Estado pone en práctica su capacidad de punir o sancionar aquellas conductas que han afectado bienes jurídicos considerados fundamentales. Se afirma que esta potestad punitiva estatal, se traduce en el ejercicio de violencia legitimada, y que debe y puede actuar, bajo circunstancias muy calificadas. Por estos mo-

---

[61] Este principio ha sido ampliamente analizado por Ferrajoli Luiggi. (2001). **Derecho Y Razón.** Editorial Trotta S.A., 5ª Edición, España, pp. 331-337.

tivos, si es posible dar solución al conflicto social generado a través de otras vías menos gravosas que el derecho penal, se deberán aplicar las mismas.

En relación con este efecto limitador de la actividad punitiva estatal, en doctrina se indica:

> Aunque es un principio más que todo dirigido al legislador a quien tiene el poder de definición de lo prohibido penalmente, ampliando o reduciendo de esa manera el campo de lo criminalizalizado, existen implicaciones del principio en la aplicación e interpretación del derecho penal. Aquel poder de definición, sin embargo no es absoluto. El legislador no puede criminalizar conductas inocuas o de daño insignificante. En efecto, el ejercicio del ius puniendi no es ilimitado, sino que es una facultad reglada y sometida a los condicionamientos constitucionales, como lo debe ser en todo Estado de derecho[62].

Realmente, el efecto limitador del principio del derecho penal mínimo, debe hacerse efectivo precisamente en el momento de la formación de las leyes. De tal forma, se deben tipificar aquellas conductas que impliquen ataques gravosos para bienes jurídicos considerados esenciales, por lo que se justifica darles una efectiva protección, para salvaguardar la convivencia social.

Al contrario sucede muchas veces en la realidad costarricense, cuando al calor de situaciones determinadas o hechos que afectan a personas que gozan de cierto reconocimiento social, los legisladores con la finalidad de ganar adeptos, proceden a punir conductas sin entrar en consideración en cuanto al carácter necesario de dichas prohibiciones o, incluso, se procede con la política de aumento de penas, lo cual se ha convertido en una práctica ya generalizada. Estas actuaciones legislativas que van en contra del principio de un derecho penal mínimo, más bien abogan por un derecho penal ampliado o máximo.

En cuanto a la esencia misma que domina el planteamiento de un derecho penal mínimo, se ha indicado:

---

[62] Ver Tocora, **Óp. cit.,** p. 177.

> Por tal razón, el derecho penal desarrolla como un principio fundante de aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del Estado. Este principio, conocido como última ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad. En realidad, la situación ideal sería que pudiéramos prescindir totalmente del ejercicio de la violencia por parte del Estado. Este ideal no sólo ha sido expresado en las grandes utopías de la humanidad, sino que los propios penalistas clásicos lo han señalado reiteradamente (…)[63].

También sobre este principio, se ha señalado en doctrina lo siguiente:

> El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. [64] Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de los ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico[65].

En la doctrina con respecto al principio del derecho penal mínimo, se ha originado una serie de controversias. Se destaca entre ellas, una que refiere el derecho penal desde un doble carácter: subsidiario y fragmentario. En sentido contrario, otra señala el carácter autónomo del derecho penal, etc. No obstante, a pesar de lo interesante de dichos planteamientos, por no ser objeto de estudio, se omite entrar a su valoración[66].

En la jurisprudencia nacional, sobre el principio del derecho penal mínimo, se ha afirmado:

---

[63] Ver Binder, **Óp. cit.,** p. 39.

[64] Esta expresión, indudablemente equívoca, ha originado las más estériles polémicas. A mi juicio, la "subsidiaridad", "accesoriedad" o "secundariedad", como también se le llama, del derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima". Muñoz Conde, Francisco, **Introducción al Derecho Penal**, p. 107.

[65] Ibídem.

[66] Dicha discusión puede revisarse en: Luzón Cuesta, José María, **Óp. cit.,** pp. 43-45. Muñoz Conde, Francisco, Ibíd. pp. 108-123.

> En consecuencia, además de la necesaria tutela que la norma penal debe efectivamente buscar de un bien jurídico fundamental, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, imponen, a través de conceptos como la insignificancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico. Entra además la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal. Por ello, el concepto de insignificancia del hecho está íntimamente relacionado con la entidad de la lesión, menoscabo o amenaza sufrida por el bien jurídico, con la conducta cuya persecución penal se pretende. De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención mínima y racionalidad que se predican del derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela -materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales-, como de aquellos objetivos que se predican de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna[67]

Como queda de manifiesto en la jurisprudencia nacional, el principio de mínima intervención del derecho penal, es tomado como un instrumento o medio de interpretación, cuando se analiza el tema de la insignificancia de la conducta acusada. De esta forma, tal principio se señala como propio del Estado de derecho que nos rige, y su función es precisamente delimitar el ejercicio de la actividad punitiva del Estado. En este sentido, se ha mencionado:

> Pese a que se encuentra ubicado en la normativa procesal, es indudable que su contenido y real significado provienen de los conceptos esenciales del derecho penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en

[67] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 74-2001, de las diez horas con diez minutos, del diecinueve de enero de dos mil uno.

> un Estado de Derecho. No está de más señalar que incluso en el proyecto de Código Penal que actualmente se conoce en la Asamblea Legislativa, se incorpora el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del derecho penal sustantivo, entendiendo que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado. Esto no es más que el desarrollo normativo del postulado que contiene nuestra Constitución Política en el párrafo segundo del artículo 28, cuando se excluye del ámbito de la ley -de especial interés cuando se trata de la ley penal-, aquellas acciones "que no dañen la moral, las buenas costumbres o que no perjudiquen a tercero". Esta es una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador. Como correlato, se convierte en un requisito de legitimación sustancial -o, dicho de otra forma, en el parámetro para valorarla- de toda norma, en especial de la prohibitiva. En consecuencia, no es válido para el legislador penal sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para el conglomerado social, según el contexto histórico concreto en que la norma produce sus efectos[68].

Aunque la doctrina nacional se ha pronunciado a favor de este principio, también advierte la existencia de un movimiento que se inclina más bien por lograr la expansión del derecho penal, denominándose derecho penal máximo, en este sentido se indica:

> La tendencia actual del Derecho Penal no es favorable al principio de lesividad ni al de proporcionalidad. En efecto se ha producido un proceso de perversión de la necesidad de protección de bienes jurídicos por las tendencias del Derecho Penal Moderno o Máximo, de modo que dicho principio, en contra del sentido que tenía en la ilustración, no se utiliza para limitar al legislador en la creación de nuevos delitos, sino más bien como una exigencia para que se prevean nuevos delitos, especialmente en materia del medio ambiente y de la economía. Se tiende además a la utilización constante de delitos de peligro abstracto, que alejan al Derecho Penal de su ideal de protección de bienes jurídicos. A ello se une una abstracción cada vez mayor de los bienes jurídicos que

[68] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 2001-00074, de las diez horas con diez minutos del diecinueve de enero de dos mil uno.

> se tutela, alejándose del carácter antropológico del bien jurídico. Se ha llegado con ello a una expansión cada vez mayor del Derecho Penal, en vez de una reducción del mismo a un Derecho Penal Mínimo, como debería[69].

A pesar de que la aplicación del derecho penal implica, restringir derechos bajo la óptica de dar protección jurídica a bienes jurídicos que se les considera esenciales para la convivencia social, por ello merecen dicha protección. Además, se ha considerado que su aplicación se encuentra limitada por el principio de la última ratio, o sea que se debe aplicar el derecho penal, siempre y cuando, no se encuentren otras vías para dar solución efectiva al conflicto planteado, tal orientación, tomando en cuenta las graves implicaciones que genera la aplicación del derecho penal. No obstante, como se indicó en la cita doctrinal anterior, se está viendo desplazada, por lo que se denomina un derecho penal máximo que aboga por ampliar el campo de acción del derecho penal, tipificando nuevas conductas delictivas que, muchas veces, ni siquiera presentan un bien jurídico de protección claro. Ejemplo de ello es el delito de abandono de animales, previsto y sancionado en el artículo 229 del Código Penal.

Si analizamos este fenómeno en nuestro país, el mismo tiene una explicación clara, y es la necesidad que tiene el Poder Legislativo de justificar su actuación ante la sociedad. Se vende la idea de que creando más delitos y elevando las penas, se va a lograr dar mayor seguridad a la ciudadanía, lo cual en la práctica no ha resultado tal y como se predica. Y se sabe que la creación de más delitos o el endurecimiento de las penas, no constituyen un desestímulo para aquellos que han optado por delinquir.

Sin embargo, a pesar de estas circunstancias, el defensor o defensora públicos tienen la misión de actuar con sigilo para buscar o solicitar la aplicación del principio del derecho penal mínimo, en aquellos casos que por la poca afectación irrogada al bien jurídico tutelado, no se justifica la imposición de una pena. Esta solicitud requiere por parte de dicho o dicha profesional, una sólida preparación para que con argumentación jurídica clara, logre convencer en tal sentido, con las ventajas que ello implica para su representado.

Como ejemplos de este movimiento tendiente a concretar un derecho penal máximo en nuestro país, se citan dos situaciones previstas en el Proyecto de Ley de la Defensa Civil, presentado recientemente ante la Asamblea Le-

---

[69] Llobet Rodríguez, Javier, y Chirino Sánchez. Alfredo. (2000). **Principio de Oportunidad y persecución de la Criminalidad Organizada.** 1ª Edición, San José, CR., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, pp. 69-70.

gislativa de nuestro país, por el Lic. Juan Diego Castro Fernández. El primer caso comprende la reforma en cuanto a la prisión preventiva, en este sentido se señala:

> I.- Reforma de la norma sobre la prisión preventiva.
>
> 1.- Refórmase el artículo 239 del Código Procesal Penal, para que en adelante se lea así:
>
> "Procedencia de la prisión preventiva.
>
> El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:
>
> a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
>
> b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
>
> c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.
>
> d) Aunque no concurra la circunstancia prevista por el inciso b) anterior, el tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, en los siguientes casos: homicidio simple, homicidio calificado, homicidio culposo y lesiones culposas (en accidente de tránsito, si conducía bajo los efectos de licor, drogas o en competencia con otro conductor), tráfico de personas para comercializar sus órganos, corrupción de funcionarios públicos, tráfico de personas, robo simple y agravado, delitos sexuales, secuestros extorsivos, defraudación fiscal, estafas y falsedades ideológicas (en los que ha habido despojo de bienes o derechos inscritos en el Registro Público) y en los delitos previstos por la Ley sobre estupefacientes, sustancias Psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas[70].

[70] Proyecto Denominado Ley de Defensa Civil, presentado a la corriente legislativa en el mes de marzo de 2007.

Nótese cómo esta reforma que se propugna de la prisión preventiva, en este proyecto denominado Ley de Defensa Civil, pretende dejar sin efecto, las principales causales sobre las cuales se sustenta la imposición de una medida tan gravosa, como lo es la prisión preventiva. En este caso, sólo se atenderá a la clase de delito presuntamente cometido; por ejemplo, homicidio simple o robo simple, como fundamento, para dictar la prisión preventiva, cuando precisamente se dicta, atendiendo razones de naturaleza procesal, sean estas el peligro de fuga, peligro de obstaculización de la prueba y peligro de reiteración delictiva.

Para estos casos, no interesa que el imputado se haya sometido voluntariamente al proceso, no obstaculice la averiguación de la verdad, o no exista el peligro de reincidencia delictiva, por el solo hecho de estar acusado por uno de los delitos señalados en la reforma. Así de manera automática, se debe dictar la prisión preventiva. Una reforma de esta clase, simplemente desvirtúa la naturaleza de la prisión preventiva y atiende a criterios inquisitoriales y obviamente a un derecho penal máximo.

El segundo ejemplo de esta tendencia de poner en práctica un derecho penal máximo, dentro de este mismo proyecto, lo constituye la eliminación de las cuantías en los delitos contra la propiedad. En este sentido, por ejemplo, con respecto al hurto simple, se indica:

> Hurto simple:
>
> Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

Al eliminarse las cuantías, implica que hasta la sustracción de un lápiz de veinticinco colones, constituirá delito, por lo que se llega al absurdo de que una persona podría ser condenada por una conducta de esta naturaleza. La norma es tan amplia que deja margen para ser juzgado por la sustracción de un objeto con dicho valor.

¿Qué más prueba se requiere para demostrar que con proyectos de este tipo, la tendencia es crear un derecho penal máximo? En iguales términos, se eliminan las cuantías en los delitos de hurto agravado, robo simple, estafa, estelionato, fraude de simulación, fraude en entrega de cosas, estafa mediante cheque, administración fraudulenta, apropiación irregular, daños, entre otros.

SECCIÓN II:
LA TEORÍA DEL DELITO COMO GARANTÍA PARA EL PROCESADO

En esta sección del módulo antes de introducir los diversos aspectos que conforman la teoría del delito, es oportuno indagar cuál es la función de la misma. Se indica en primera instancia que tiene una función de garantía para el procesado. Sin embargo, se debe establecer cuál es el fundamento para dicha afirmación.

Así mismo, debe tenerse presente que la teoría del delito, dentro del quehacer del proceso penal y más concretamente dentro del derecho penal, representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada por la supuesta comisión de un hecho delictivo. En este sentido, la teoría del delito señala una serie de parámetros que, en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer, si se ha dado afectación a un bien jurídico considerado fundamental, y por ende, si la potestad persecutoria que ejerce el Ministerio Público, debe aplicarse o no.

Toda acción para constituir un delito, debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable. Es por ello que el análisis de las conductas que presuntamente constituyen un ilícito, obliga realizar una minuciosa revisión en estos tres estadios. El cumplimiento de los diversos requisitos que conforman cada uno de estos estadios, va a originar el carácter ilícito de la conducta acusada. Por tanto, el análisis de la conducta a la luz de los requisitos que conforman estos diversos elementos, implica una tarea seria, cuidadosa, pero sobre todo sumamente técnica que demanda del estudioso y de la estudiosa de la teoría del delito, conocimientos claros para su aplicación.

Es por ello que la función de garantía que se le apunta a la teoría del delito, ha sido reseñada de la siguiente forma:

> Es de destacar que para los operadores jurídicos que se desempeñan en el área del derecho penal en distintas posiciones, sea como jueces, fiscales, defensores, querellantes o actores civiles, el análisis de la teoría del delito resulta básico pues permite garantizar la justicia de la resolución que se dicte en un proceso penal. Tal aseveración se hace partiendo de que no sólo las garantías procesales como el debido proceso, la oralidad, el contradictorio, etc., le brinda seguridad jurídica al sujeto sometido a un proceso penal, sino que también el manejo de los aspectos sustantivos, permiten que los pro-

> cesos penales se resuelvan con respecto a los principios de legalidad e igualdad, en estricto derecho, partiendo de los parámetros normativos que el legislador ha considerado correctos y que han sido desarrollados jurisprudencial y doctrinariamente. Por lo tanto, la aspiración de obtener Justicia y certeza jurídica encuentra respaldo no solo en los aspectos procesales como siempre se ha enfatizado, sino también en la norma de fondo y su correcta aplicación[71].

Desde esta óptica, la teoría del delito se constituye en una garantía para el procesado, en la medida que permite el dictado de una resolución justa. De esta manera, obliga al operador jurídico a tener un claro manejo de los diversos aspectos que la conforman.

En igual sentido, el defensor o defensora públicos no pueden pretender realizar una labor efectiva y eficaz, si carecen de los conocimientos que requiere el manejo efectivo de la teoría del delito. Así que con el término de resolución justa, no se hace referencia únicamente al logro de una sentencia absolutoria, pues con ello se contemplan otras muchas posibilidades, por ejemplo, cuando en la sentencia condenatoria se recalifican los hechos de un delito con una penalidad inferior al originalmente acusado por el Ministerio Público. Pero para ello, es imprescindible que la Defensa Pública maneje con total claridad, los diversos aspectos de la teoría del delito, pues solo de esta forma, se va a asegurar que la aplicación de esta constituya efectivamente una garantía para el acusado, lo cual se concreta en el dictado de una sentencia justa.

Bajo la misma orientación, se ha indicado:

> La preocupación por la teoría del delito no es incompatible con las inquietudes por temas criminológicos, los derechos humanos y otros; antes por el contrario, es integrante orgánico de un adecuado concepto de debido proceso como garantía fundamental del ciudadano ante el Estado. Que el estudio de

---

[71] Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia. (2005). **La Culpabilidad: Su aplicación en el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de San José, 1998-2002**, Tesis para optar al título de Máster en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica, p. I-II. **Sobre el mismo tema, pero ahora desde una óptica utilitarista con respecto a la teoría del delito se ha indicado**: "La Teoría del Delito se caracteriza por exponer ordenadamente los diferentes momentos o estadios del análisis judicial de una conducta presumiblemente punible. Estos coinciden con los requerimientos legislativos para la solución de los casos. Por eso la utilización de la Teoría del Delito no significa apartarse de la aplicación de la ley positiva sino hacer más fácil su aplicación, por que dota al juez de una serie de elementos de análisis que facilitan la labor de dar respuesta a los problemas planteados". El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo**,** (1991). **Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal**, **Óp. cit.**, p. 30.

> la estructura del delito ha distraído la atención de los jueces e investigadores, en desmedro del problema humano que se resuelve en el proceso penal, es cierto; pero abandonar la interpretación de la ley sustantiva, es soslayar una herramienta de primer orden en la realización de la garantía nulla pena sine lege en los casos concretos. Es muy claro que el derecho penal sustantivo es el mejor instrumento de control social, y una decisión penal despreocupada del principio de legalidad es tan peligrosa para el súbdito, como cualquier violación intencional de los derechos procesales del imputado; porque de ese modo, aunque el juicio sea formalmente bueno, podría ir a prisión un ciudadano sin incurrir en una conducta típica, antijurídica y culpable[72].

Queda claro que la aplicación en forma adecuada de la teoría del delito, garantiza el dictado de una sentencia justa, lo cual forma parte del principio del debido proceso. Así La ley sustantiva, su correcta interpretación y aplicación obligan a tener un dominio de todos sus componentes, pues solo de esta forma, el defensor y la defensora públicos, pueden lograr que la teoría del delito se constituya en una garantía para el acusado.

La función de garantía que genera para el procesado, la teoría del delito, solo se puede lograr, cuando se hace una aplicación correcta de la misma. En tal labor el o la representante de la Defensa Pública, tiene un papel preponderante, no sólo ponderando la aplicación correcta de la ley sustantiva, sino también, propugnando por la aplicación que más beneficie a su representado o representada.

Se debe destacar que puede darse la situación de que la teoría del delito, no cumpla ya en la práctica con esta función de garantía para la persona procesada, lo cual puede tener su origen en un manejo inadecuado de la normativa sustantiva por parte del profesional que tenga a su cargo la defensa del mismo. De esta forma, la garantía que representa para el imputado la teoría del delito, se debe concretar caso por caso, lo cual evidencia y pone de manifiesto la responsabilidad con que debe desempeñarse el o la profesional en derecho de la Defensa Pública. Incluso en aquellos casos donde dicha garantía, no se ha alcanzado con el dictado de una sentencia condenatoria, ya que se ha aplicado en forma incorrecta la ley sustantiva, y el o la profesional está obligado a velar por la vigencia de la misma, utilizando para ello los medios de impugnación que la normativa procedimental ha dispuesto para ello.

---

[72] Dall" Annese Ruíz, Francisco. (1991). **El Dolo**. Investigaciones Jurídicas. San José Costa Rica, p. 8.

También se ha señalado en la jurisprudencia constitucional con respecto a este tema, lo siguiente:

> Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta [73].

La teoría del delito, al establecer en forma anticipada, cuáles son los parámetros que se van a analizar en toda conducta señalada como delictiva, genera seguridad jurídica –principio fundamental de un Estado constitucional de derecho en la medida de si no se cumple con tales requisitos señalados en estos parámetros, se estará ante una conducta que no es ilícita. De ahí la importancia de la labor que debe realizar la Defensa Pública en tal sentido. Por una parte, si se impone una sentencia condenatoria, la conducta debe cumplir con tales requisitos. Caso contrario, si no se cumple con los mismos, se impone el dictado de una sentencia absolutoria.

La función de la teoría del delito, como garantía para el encartado, queda clara en dos sentidos: por una parte actúa como presupuesto de una sentencia justa y logra a la vez generar seguridad jurídica. Para lograr que efectivamente la teoría del delito constituya una garantía para el acusado, el defensor o defensora pública tiene un papel protagónico en tal misión, como se ha puesto de manifiesto.

---

[73] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1998-01588, de las dieciséis horas con veintisiete minutos, del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Casación Penal, mediante resolución de las diez horas con diez minutos del veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete, dictada en el expediente 96-000463-365-pe, proceso seguido contra M. S. D., por el delito de tentativa de estafa, respecto del artículo 24, última frase del Código Penal.

CAPÍTULO SEGUNDO:
LA TIPICIDAD Y EL TIPO PENAL

SECCIÓN I: LA ACCIÓN Y LA CONDUCTA PENAL

Muchas discusiones se han generado en el seno del derecho penal en cuanto a lo que debe entenderse por acción[74]. No obstante, no es el momento para introducirse con profundidad en dicha discusión. Basta para cumplir con los fines prácticos a que apunta este módulo de teoría del delito, con realizar un breve análisis de aquellas teorías que han tratado de explicar, cuál es la relevancia de la acción desde la óptica del derecho penal. Previo a ello se hace necesario establecer un concepto claro de lo que se debe entender por acción.

El tema de la acción ha sido tan debatido, que incluso dicha discusión ha alcanzado el análisis, en cuanto a la necesidad o no de iniciar la teoría del delito con el estudio de la misma. En este sentido, se ha indicado:

> ¿Es la acción o el tipo el punto de partida de la observación del delito en la teoría analítica? En un plano estrictamente teórico, es lógico pensar que si la acción que interesa penalmente es la descripta por el tipo, la teoría de ella forma parte de la teoría de éste y, por consiguiente, el primer capítulo del examen estructural del delito lo constituirá el tratamiento del tipo. Gran parte de los doctrinarios de nuestro tiempo, principalmente los procedentes del finalismo, adoptan ese orden de exposición, ya que para ellos la acción configura el contenido de lo que es tipo objetivo.
>
> Pero tenemos que recordar que el tipo dota de tipicidad penal a la acción, con lo cual ésta se muestra como previa en la consideración estructural. En el examen de un concreto delito esa relación de precedencia es algo que no tiene por qué discutirse: sólo cuando comprobamos la existencia de la acción puede interesarnos debatir su tipicidad. Siendo así y por razones prácticas y por coincidir con un tratamiento

[74] "Ningún concepto ha suscitado tantas polémicas en el seno del derecho penal, como el de la acción. A lo largo del último siglo ha sido tomado una y otra vez como epicentro de la discusión, habiéndose derramado en torno a él, mares de tinta. Como es de suponer, las conclusiones de este interminable e inútil debate, suelen ser casi siempre las mismas: es imposible aglutinar todas las formas de comportamiento humano en un único "súperconcepto" que sirva como "piedra angular" a toda la construcción del hecho punible, dogmáticamente entendido". Ver Velásquez Velásquez **Óp. cit.,** p. 284.

> tradicional que ha sido útil y no ha planteado grandes dificultades, hemos optado por partir del estudio de la acción, pero aclarando que las soluciones sobre sus problemas no dependen de elegir uno u otro criterio de exposición, ya que no es el orden de los factores lo que puede alterarlos, sino otras diferencias conceptuales[75].

La importancia de iniciar el análisis de la teoría del delito, con el tema de la acción, queda claro cuando se evidencia que precisamente la revisión de los elementos que conforman una conducta delictiva, se sustenta en el acaecimiento de una conducta o acción con relevancia para el derecho penal[76]. Esto implica que el estudio de los tres elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, no puede llevarse a cabo sobre una base abstracta, sino más bien concreta y ello solo ocurre, cuando se ha suscitado efectivamente una acción, entendiendo por acción una conducta humana.

En este sentido, el análisis de los diversos elementos que conforman el delito, no tiene razón de ser, sino es en aras de acreditar o no la presencia de cada uno de dichos elementos en una acción humana determinada. A tal grado que cuando dicha acción humana no cumpla con determinados requisitos, se hace inoperante el estudio de los tres elementos antes señalados. Se alude con ello a aquellos casos en donde se da la inexistencia de la acción humana, lo que ocurre cuando a pesar de que el ser humano participe en ella, este no tiene control sobre la misma y más bien participa en forma mecánica; por ejemplo, en el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor.

Para establecer un concepto claro de lo que constituye la acción, entendida como conducta humana relevante para el derecho penal, se indica en doctrina, la necesidad de que dicho concepto, contenga una serie de cualidades, sobre lo cual se ha indicado:

---

[75] Creus, Carlos. (1996). **Derecho Penal. Parte general.** Editorial Astrea, 4° edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, p. 152-153.

[76] **Sobre este polémico tema también se ha afirmado**: "Este carácter genérico de la exigencia de una acción ha producido como consecuencia que durante un largo periodo del desarrollo de la dogmática jurídico-penal, se haya configurado a la acción como una especie de elemento independiente de la infracción delictiva. Es más ha llegado a pensarse que la acción es el elemento sustantivo del delito, frente al cual los demás tienen el carácter de simples adjetivos o atributos. Y así, por ejemplo, se afirmaba que la acción "es un sustantivo al que se añaden todas las todas las restantes características del delito como adjetivos o atributos, menor aún, como "predicados" fundamentalmente, como acción; mientras que tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, venían a ser características sobreañadidas a ese dato esencial". Cobo del Rosal (M). Vives Antón (TS). (1991**). Derecho Penal Parte General.** Tirant lo blanch, Valencia, España, p. 286.

Existen dos posibilidades al iniciar la estructura del delito. Por una parte, la dogmática puede prescindir de la construcción de un especial concepto de acción y de empezar directamente con la tipicidad, por entender que no es posible una definición general de acción, previa a las categorías jurídicas, o por lo menos, que aún siendo posible, carecería de todo valor sistemático por su excesiva generalidad. Por otra parte, la ciencia puede también intentar dilucidar con carácter general, y antes de discutir los propios elementos del delito, qué deba entenderse por acción en Derecho Penal. El camino correcto sigue siendo el segundo, pues, aun cuando deba admitirse que sólo en el tipo, en la antijuricidad y en la culpabilidad se decide la suerte de la dogmática jurídico-penal , es necesario un concepto de acción al que puedan referirse estos elementos como características suyas y ello no sólo por razones gramático-constructivas… Aparte de esta consideración sistemática, concurre un interés teorético en la caracterización positiva del comportamiento humano, jurídico-penal relevante, ya que de ello deriva el límite máximo de la imputabilidad de un hecho como obra del hombre. Finalmente, el concepto de acción posee significación práctica, pues entendido de forma adecuada, asegura que se prescinde, desde un principio, de todo aquello que carece de trascendencia jurídico-penal. El concepto de acción debe satisfacer distintas exigencias para ajustarse a la función que le corresponde en el conjunto de la teoría del delito. Esta es la razón de que la respuesta a la cuestión, tan sencilla en apariencia, de lo que es una acción encierre tantas dificultades. Todas las formas del actuar humano que puedan ser relevantes para el Derecho Penal –comportamiento doloso e imprudente, hacer activo y omisión- han de tener cabida en el concepto de acción (función de clasificación). El concepto de acción debe, además, poseer el suficiente contenido material para que puedan referírsele las ulteriores especificaciones representadas por las categorías sistemáticas jurídico- penales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (función de definición). Pero tampoco puede adelantar los elementos generales del delito, pues ello conduciría de nuevo a la confusión de los mismos en el concepto de imputación del derecho común (función de enlace). Finalmente, el concepto de acción debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso puedan poseer relevancia jurídico-penal (función de delimitación) [77].

[77] Heinrich Jescheck, Hans. (1981). **Tratado de Derecho Penal, Parte General.** Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, pp. 289-290.

Todo lo antes señalado permite en forma sencilla y clara, definir la acción en derecho penal de la siguiente forma: (…) la conducta humana, en términos generales, como la manifestación externa de la voluntad, a través de un hecho positivo o negativo[78].

Pero una definición que se ajuste más a los señalamientos o requerimientos anteriores, y que responda a esa larga discusión que se ha generado en torno a su conceptualización, es la siguiente

> Cuando hablamos de conducta nos referimos a la acción humana voluntaria, es decir, a la manifestación real, en un hombre de esa facultad llamada voluntad que implica conocimiento [...] El conocimiento tiene que versar sobre lo que se quiere realizar, así la voluntad siempre acarrea o trae consigo una finalidad, quien actúa siempre se propone un fin, no importa si ese fin está tomado en cuenta por la Ley, pero también mentalmente todos nosotros seleccionamos de alguna manera los mejores medios para llevar a cabo nuestra acción y de alguna manera tomamos o no tomamos en cuentas efectos concomitantes de esa acción[79].

La definición anterior en términos muy claros y simples, señala los elementos que identifican la acción. En primer lugar, se trata de una acción humana voluntaria. Como segundo aspecto, se considera que la acción humana al ser voluntaria, persigue una finalidad determinada. En este sentido, es claro que para alcanzar una finalidad determinada, es necesario conocer y querer el resultado que se obtendrá con tal conducta.

En igual sentido, la jurisprudencia nacional sobre el concepto de la acción, ha señalado:

> De acuerdo con el postulado de que toda acción requiere para ser tal expresar una finalidad y no ser sólo un mero movimiento fenoménico (lo cual reduciría al ser humano en un factor más del mecanismo de causalidad que lleva al resultado, retirándole toda calidad subjetiva en la determinación volitiva y cognitiva de su quehacer), el concepto de acción debe contemplar si la lesión infligida a ciertos bienes jurí-

---

[78] Ver Cobo del Rosal y Vives Antón, **Óp. cit.,** p. 286.

[79] Chirino Sánchez y El Khoury Jacob (1991). p. 62. El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo**,** (1991). **Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal**, **Óp. cit.** p. 62,

> dicos forma parte de una sola intencionalidad inmediata y específica[80].

En este concepto esgrimido por la jurisprudencia, se indica que en la acción, se persigue una finalidad y se da la presencia de dos elementos: uno volitivo y otro cognitivo que se entienden en el sentido de que toda conducta humana, siempre persigue una finalidad determinada. Por tanto, se necesita querer y conocer lo que se hace, en razón de que es imposible querer algo que se desconoce. Bajo la misma óptica, también con respecto al concepto de acción, a nivel de la jurisprudencia nacional, se ha indicado:

> Efectivamente, como ya lo ha señalado con antelación la jurisprudencia de casación (ver voto 101-F, de las 9 hrs. del 3 de marzo de 1995), si se parte de que la acción es un movimiento corporal presidido por una finalidad, es decir la exteriorización de esa finalidad, debe estarse a la constatación de ambos aspectos para determinar la existencia de una o más acciones. Si la proximidad funcional y fenoménica (temporal y espacial) del hecho evidencian una sola finalidad, se tratará de una sola acción[81].

Cuando se analiza el tema de la acción, se le señalan cuatro funciones:

a) Una función limitadora o negativa, según la cual el concepto de acción tiene en el sistema del delito una dimensión práctica: fijar el límite de aquellos acontecimientos o estados que no interesan al Derecho penal por no tener su génesis en una acción humana. Ha de servir, pues, para trazar la línea en virtud de la cual un hecho cualquiera existe para el Derecho penal.

b) Función coordinadora, debido a que la acción ha de constituir un lazo de unión de todos los elementos del delito sin anticipar en ningún caso, en el contenido de los mismos. De suerte que la acción une a todos los demás elementos, pero no prejuzga su afirmación o existencia, en atención a su exigida neutralidad ante las valoraciones que aquéllos comportan. De ahí, pues, deriva su importancia sistemática.

---

[80] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 101-F-95, de las nueve horas, del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

[81] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 719-F-96**,** de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

c) Función definitoria, en el sentido de que la acción ha de hallarse dotada de, contenido material suficiente para servir de sustrato a los demás elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Se trata, en definitiva, de concebirla como elemento básico o concepto superior del sistema, en el que todos los demás momentos (meros predicados o atributos) quedan inexorablemente referidos y sustentados por un concepto unitario común que es la acción.

d) En consecuencia, se le atribuye a la acción una función clasificadora, constituida por la virtualidad, insita en el concepto general de acción, de poderse aplicar a todas las hipótesis de conductas relevantes jurídico-penalmente, tanto al actuar positivo como al negativo (acción en sentido estricto-omisión), al doloso como al culposo, debido a su esencia y pretensión absolutamente omnicomprensiva, que le coloca en el vértice conceptual propio de la teoría del delito[82].

Las anteriores funciones se pueden traducir, señalando que la acción tiene por finalidad, primero: delimitar cuáles actos tienen relevancia para el derecho penal; segundo: ser un lazo de unión de todos los elementos del delito; tercero: poseer un contenido material suficiente para servir de sustrato a los demás elementos del delito; aplicarse a todas las hipótesis de conductas relevantes jurídicas penalmente, tanto al actuar positivo como al negativo (acción en sentido estricto-omisión), al doloso como al culposo. Estas funciones ponen de manifiesto la importancia que reviste para la teoría del delito, el concepto de acción, asimilando tal concepto al de conducta humana relevante.

En estas funciones que se le asignan a la acción justifican, por qué en el análisis de la teoría del delito, se debe iniciar precisamente con el estudio de la acción.

Continuando con el estudio de la acción, una vez que se le ha definido y se han mencionado sus funciones primordiales, se hace necesario analizar las tres principales teorías –aunque no las únicas- que se han ocupado de explicar la importancia de la acción, dentro de la teoría general del delito, las cuales son: la teoría causalista, la teoría finalista y la teoría social de la acción.

---

[82] Ver Cobo del Rosal y Vives Antón, **Óp. cit.,** p. 286.

1. TEORÍA CASUALISTA DE LA ACCIÓN

Esta teoría establece un concepto de la acción de la siguiente forma:

> La acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario) que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, pudiendo consistir aquél en sólo un movimiento corporal (delitos de actividad) o en un movimiento corporal con el resultado ocasionado por el mismo en dicho mundo exterior (delitos de resultado) (concepto causal de la acción). Este concepto de acción se llama causal por que en él la voluntad sólo es abarcada en esa función causal, y no en su fuerza directora del curso del acontecer. Ejemplo: en el caso del un disparo mortal, lo único que se constata desde el punto de vista de la acción es que el comportamiento fue llevado por la voluntad y produjo el resultado de muerte.
>
> Por el contrario, tan solo en la culpabilidad se investiga si la voluntad iba dirigida al resultado de muerte. El examen crítico del concepto causal de la acción indica que la esencia de las auténticas acciones de la voluntad, que representan el contingente principal de los hechos punibles, no es captada por el entendimiento como procesos causales de todas las formas de comportamiento movidas por la voluntad. Ciertamente, la voluntad como causa distingue la acción humana de los puros procesos naturales, pero lo específicamente humano de la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, puesto que las fuerzas de la naturaleza actúan también causalmente, sino en la finalidad que configura objetivamente el curso causal y para la que sólo el hombre se halla capacitado. Además, el concepto causal de la acción no puede comprender la omisión. La peculiaridad de la omisión radica precisamente en que falta un esperado impulso de la voluntad y por ello no es puesta en marcha un determinado proceso causal[83].

La teoría causalista de la acción se sustenta en señalar que la acción es una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida de modo voluntario por un movimiento corporal.

---

[83] Jescheck, Hans- Heinrich. (1993). **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** Editorial Comares, España, pp. 197-198.

Desde la óptica de la teoría causalista de la acción, se deben destacar tres elementos fundamentales: Primero, la manifestación de voluntad, donde carece de interés el contenido de la voluntad, es decir, lo que se ha querido. Además, la manifestación de la voluntad debe ser consciente, espontánea y exteriorizada, ya que por ejemplo no constituyen acción, los hechos realizados en sueños o por movimientos meramente reflejos, y menos aun aquellos que se realizan, cuando el sujeto se encuentra constreñido por una fuerza irresistible, por ejemplo, la persona que es obligada a redactar un documento falso. Segundo: El resultado puede consistir en una modificación o cambio del mundo exterior, como consecuencia de la manifestación de voluntad, o bien en el mantenimiento de ese mundo exterior, a causa de que no se realice una acción esperada y exigible. Tercero: Debe existir una relación de causalidad, consistente en una precisa relación entre los dos elementos anteriores: manifestación de voluntad y resultado.

Para la teoría causalista, la acción consiste en una conducta humana voluntaria, y prescinde de qué se ha querido con tal comportamiento. En este sentido, la acción es conducta humana, pero a diferencia de la teoría finalista, como se analizará luego, prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. Lo que el sujeto haya querido es irrelevante y solo interesa en el plano de la culpabilidad. Por ello, la finalidad dentro de la teoría causalista, se debe valorar en el ámbito de la culpabilidad. Pero dicha teoría comenzó a presentar problemas, cuando se analiza lo que acontece con los delitos de omisión, en los cuales no existe acción e implican un no hacer.

Con respecto a la teoría causalista, se ha señalado lo siguiente:

> De esta forma se concebía el injusto como la causación objetiva de un resultado dañoso y la culpabilidad como su causación subjetiva (esquema objetivo-subjetivo).
>
> El esquema se derrumbó cuando la conducta se estimó que no era un proceso causal, y que ésta sin finalidad carecía de voluntad y por ello los autores se vieron en la necesidad de crear un concepto de conducta para uso del Derecho Penal.
>
> Los causalistas tratan el problema del dolo (voluntad de realización de la acción) en la culpabilidad y la conciencia de la antijuricidad lo ven como una parte del dolo y por lo tanto junto a éste. Los elementos de la culpa corresponden a la culpabilidad.
>
> Con el concepto causal de lo ilícito la tipicidad depende de que haya causado la lesión al bien jurídico, independientemente de qué fue lo que se quiso hacer (importa el desvalor

> del resultado no de la acción), de ahí que la tentativa resulta entonces muy difícil de explicar en esta óptica[84].

Puede afirmarse que por las falencias que presenta esta teoría, ha quedado en desuso, y tratando de salvar los cuestionamientos que se le formularon, surgió la teoría finalista que, a continuación se analizará en forma breve.

2. TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

A contrario sensu de lo que sucede con la teoría causalista, la finalista parte de otros presupuestos. En ella se define la acción de la siguiente forma:

> Según la teoría final de la acción, la acción humana no sólo es un curso causal llevado por la voluntad, sino, de acuerdo con su esencia, ejercicio de actividad final. La finalidad descansa en la capacidad del hombre para prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención causal y, conforme a un plan y mediante la aplicación de sus recursos, dirigir el proceso hacia la meta deseada. La voluntad que guía el acaecer causal es por ello la espina dorsal de la acción final , el factor de dirección que sobredetermina el acaecer causal externo . La dirección final de la acción se realiza en tres fases: comienza con el adelantamiento mental de la meta, sigue con la elección de los medios precisos para alcanzarla y termina con la realización de la voluntad de acción en el mundo del acaecer real. Ejemplo: En el supuesto de un disparo mortal, primero el autor elige a la víctima, luego selecciona el arma, apunta con ella y a continuación, apretando el gatillo, realiza su voluntad homicida[85].

El aspecto esencial de la teoría finalista de la acción, cuya autoría le corresponde a Welzel, es que la acción siempre tiende a una finalidad. No se concibe un acto voluntario que no se dirija a un fin, lo cual es ignorado en la teoría causalista, pero su importancia se estudia en el ámbito de la culpabilidad. Con ello discrepa la teoría finalista que tiene en cuenta los fines, ya en sede de la tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal, no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

---

[84] Sánchez Romero, Cecilia. (2002). **La Acción en Derecho Penal.** En Derecho Penal, **Criminología y Derecho Procesal Penal.** Cuarezma Terán, Sergio y Houed Vega, Mario, coordinadores. Editorial Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua, pp. 303-304.

[85] Heinrich Jescheck, Hans. (1993 b), **Óp. cit.**, pp. 198- 199.

Para esta teoría, la acción es el "ejercicio de una actividad final" no meramente causal. Esta finalidad responde a la previsibilidad del hombre de las consecuencias posibles de su obrar, siguiendo un plan trazado y la consecución de fines[86].

> Este concepto de acción es útil para el análisis del delito porque incluye todas las características que luego serán relevantes en los diferentes estratos sistemáticos. Sobre todo porque la noción de finalidad incluye la totalidad de las motivaciones que a lo largo del esquema del delito tienen relevancia para valorar jurídicamente el comportamiento. Por ejemplo, finalidad incluye el ánimo de defensa, que puede ser útil para juzgar la procedencia de una causal de justificación o la motivación de obrar conforme a derecho, que tiene relevancia en la culpabilidad para juzgar la concurrencia del recaudo de comprensión virtual de la antijuricidad.
>
> De este modo, y sin necesidad de acudir a definiciones intrincadas y a veces peligrosas, este concepto es útil para preservar los principios constitucionales vinculados a la acción y como herramienta dogmática esencial del sistema del hecho punible[87].

Además, para dejar claramente establecidas las diferencias sustanciales entre la teoría causalista y la finalista de la acción, en doctrina se han enumerado las diferencias entre ambas de la siguiente forma:

a) Causalistas y finalistas tratan el problema del dolo (voluntad de realización de la acción) en momentos diversos; los causalistas lo hacen en la culpabilidad y los finalistas en el tipo penal de los delitos dolosos.

b) Causalistas y finalistas tratan de manera diferente el problema de la conciencia de la antijuricidad; los finalistas lo tratan como una cuestión de la culpabilidad independientemente del dolo; los causalistas como una parte del concepto del dolo y por lo tanto junto con éste.

c) Causalistas y finalistas tratan de manera diferente el delito culposo. Mientras los causalistas entienden que todos

---

[86] Ver Velásquez Velásquez, **Óp. cit.,**, p. 290, **Citado por**: Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,** p. 9.

[87] Silvestroni, Mariano H. (2004). **Teoría Constitucional del delito.** Editores del Puerto s.r.l.,, Argentina, p. 195.

> los elementos de la culpa corresponden a la cuestión de la culpabilidad, los finalistas piensan que la infracción del deber de cuidado que caracteriza la culpa o negligencia es un tema que debe abordarse ya en la cuestión de la tipicidad.

> Estas diferencias generan consecuencias prácticas diversas en el ámbito de la justificación, en la teoría del error, en la tentativa y en la participación que se verán en su respectivo lugar [88].

A esta tesis de la acción final, le han realizado una serie de críticas. No obstante, se puede afirmar que en la actualidad, es la que más se ajusta a un sistema democrático de justicia, como el nuestro.

3. TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN

Debe indicarse, en igual sentido, que se han esbozado otras teorías para analizar la acción penal; pero las mismas han sido menos controversiales que las dos anteriores: la causalista y la finalista. Así se creó la teoría social de la acción, sobre la cual se ha señalado:

> Esta teoría se pretendió fuera un puente entre el causalismo y el finalismo. Su relevancia radica en afirmar qué para saber qué es acción debe partirse de la sociedad. Por ello, entiende acción como la conducta humana, dirigida a producir una lesión de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal o como conducta humana socialmente relevante dominada o dominable por la voluntad. Los seguidores de esta teoría están en contra de la imputación de procesos causales. Según ellos, no puede reprimirse la causación de un resultado, sino una conducta con relevancia social[90].

A pesar de que esta teoría social de la acción, surgió con la finalidad de superar la polémica entre el finalismo y el causalismo, para lo cual llama la atención la relevancia social del comportamiento humano, solo puede ser aceptada en la medida que se atienda el contenido de la voluntad del autor,

---

[88] Bacigalupo Zapater, Enrique. (1985). **Lineamientos de la Teoría del Delito.** Editorial Juricentro, 2ª Edición reformada, San José, pp. 20-21.

[90] Renauld Castro, Andrea. (2004). **Imputación Objetiva y Delito Culposo.** Investigaciones Jurídicas S.A., 1° Edición, San José, p. 37.

única forma que puede determinar el sentido social de la acción. Pero este concepto de relevancia social, es excesivamente ambiguo y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a este le interesa es en definitiva, la relevancia típica[91].

A esta teoría se le critica en la medida que no constituye una teoría en sí misma, sino una idea que aglutina y redondea las anteriores. También se le critica que la relevancia social es un elemento de la tipicidad, que si no existe, no por ello desaparece la acción. En igual sentido, se indica que la relevancia social es un aporte importante, digno de ser tomado en cuenta pero desde la tipicidad, no desde la acción a secas que, en esta teoría, nunca se termina por definir[92].

Para finalizar este apartado del módulo, se puede afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico penal, se presenta una mayor identificación con la teoría finalista de la acción, por cuanto de las mismas diferencias que se les señalan a la teoría causalista y a la finalista, se desprende tal situación. Y tal y como se ha manifestado:

> A partir del concepto final de acción, o finalismo, nuevamente se reacomodan los contenidos de los elementos del delito, quedando el tipo estructurado como un tipo complejo en el cual existen un aspecto objetivo y uno subjetivo, siendo que en el primero se ubican los elementos descriptivos, normativos y subjetivos del tipo, y en el segundo se coloca el contenido de la voluntad del autor, sea mediante el dolo o bien, el culpa. De este modo, pueden existir tipo de acción y de omisión, ambos dolosos o culposos. En cuanto a la antijuricidad, es tanto forma (acción típica contraria al derecho sin que concurra causa de justificación alguna) y material (dañosidad social). Además, los elementos subjetivos del tipo, pasarán a ser elementos personales del injusto, se habla entonces de que la antijuricidad es desaprobación de un hecho realizado por un autor determinado, siendo entonces el injusto personal.
>
> En cuanto a la culpabilidad, esta se halla libre de elementos psicológicos, pues dolo y culpa han sido reubicados en el tipo subjetivo, recibiendo el nombre de teoría normativa de la culpabilidad, en ella, se realiza un juicio de reproche al sujeto por no haber adecuado su conducta a la norma pudiendo hacerlo. Este juicio se realiza a partir del análisis de tres

---

[91] Ver Silvestroni, **Óp. cit.,** p. 196.
[92] Ver Renauld Castro, Andrea, **Óp. cit.,** p. 39.

aspectos: la imputabilidad (juicio general sobre la capacidad del sujeto), del conocimiento del ilícito (juicio concreto sobre el carácter antijurídico del hecho) y la exigibilidad de la conducta adecuada (juicio concreto sobre la situación coactiva que afecte al sujeto)[93].

En cuanto a estas teorías, lo que interesa tener presente, es que cada una de ellas da un aporte significativo en el desarrollo y evolución de la teoría del delito. Si son de mayor o menor importancia, ese no es el asunto. De lo que se trata, además, es entender en qué consistió su contribución en este proceso. Y optar por una de ellas, lo que compromete es a entender el porqué de dicha decisión.

4. ANÁLISIS DE LOS CASOS DE AUSENCIA DE ACCIÓN O DE CONDUCTA

Para el operador del derecho penal y, en particular para el defensor público o defensora pública, resulta esencial, en razón de los intereses por los cuales debe velar, tener plena claridad en cuanto a las circunstancias y consecuencias que se presentan, cuando se está ante un evento, en donde no se cumplen o no concurren los requisitos de una acción humana y, por ende, se encuentra ante una situación en la que no interviene la acción humana en los términos antes señalados.

Para aclarar, en estos eventos el ser humano participa, pero careciendo del elemento cognitivo y volitivo ya antes referido. Esta situación se genera cuando ocurren, una fuerza irresistible, el acaecimiento de movimientos reflejos, los estados de inconsciencia, el caso fortuito y la fuerza mayor.

En todos estos eventos, se presenta un común denominador y es que el ser humano que participa en ellos, no tiene posibilidad alguna para decidir sobre el resultado final que se presenta.

Al análisis de estas circunstancias, se dedica este apartado del módulo de la teoría del delito, el cual tiene por finalidad llamar la atención sobre la naturaleza de estos eventos y la forma cómo deben ser manejados, desde el punto de vista del derecho penal, siempre con miras a salvaguardar los derechos de las personas a las cuales por ley representamos.

---

[93] Velásquez Velásquez, **Óp. cit.,** p. 290, **citado por**: Camacho Morales, Montero Montero, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,** pp. 290-291.

4.1. FUERZA IRRESISTIBLE, MOVIMIENTOS REFLEJOS Y ESTADOS DE INCONSCIENCIA

La fuerza irresistible ha sido definida de la siguiente forma:

> La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (vis absoluta). Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, no cabe apreciar esta eximente. No es lo mismo atar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad. En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso, la voluntad existe pero está viciada en sus motivaciones. El primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible que excluye la acción: el segundo es un supuesto de vis compulsiva que no excluye la acción, al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuricidad o la culpabilidad según se estime exista aquí estado de necesidad o miedo insuperable[94].

En cuanto a la fuerza irresistible, el defensor público o defensora pública, debe tener claridad sobre las dos formas que tiene de manifestarse dicho evento: la primera forma (y la que aquí interesa), es en donde el ser humano carece de la potestad decisoria sobre el evento; y una segunda forma donde la voluntad de la persona existe, pero está viciada. En la primera situación, se da la falta o ausencia de acción, en donde la conducta ni siquiera alcanza el grado de ser típica. En tanto que en la segunda forma, la conducta es típica y, al existir voluntad pero en forma viciada, se debe tratar el problema, pero desde el punto de vista de la culpabilidad; es decir, el estudio de esa voluntad viciada, es un problema por analizar en la culpabilidad.

Los movimientos reflejos constituyen otra forma de falta o ausencia de acción, los cuales se definen así:

> Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos, controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior

---

[93] Muñoz Conde, Francisco. (2004). **Teoría General del Delito.** Editorial Temis S.A., pp. 13-14.

> es percibido por los centros censores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal[95].

Como queda de manifiesto, esta situación es acción o ausencia de conducta, donde según circunstancias por las que se le considera como tal, son bastante claras. No sería posible hablar de la existencia de un acto voluntario, cuando la persona más bien es víctima de un padecimiento, el cual no tiene la posibilidad de controlar, mediante su voluntad.

Así, a quien producto de una convulsión epiléptica, deja caer un valioso jarrón que sostenía en su mano, no se le puede atribuir responsabilidad de ningún tipo. Por tanto, se da una falta o ausencia de acción, pues la persona nunca tuvo la intención de dañar dicho objeto y, si el mismo resultó dañado, dicho daño no fue fruto de un acto voluntario de dicha persona.

De esta forma, se da una ausencia de acción o de conducta en los estados de inconsciencia, los cuales doctrinariamente han sido definidos de la siguiente manera:

> También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes[96].

Las tres razones o circunstancias de falta de acción antes reseñadas, son claras en cuanto al efecto que producen. En todas ellas al operar una ausencia de conducta, la persona no es responsable de los actos que cometa, al encontrarse en cualquiera de estos estados. Pero muchas veces, depende del esfuerzo de la defensa técnica, el poder demostrar que en la persona acusada, ha operado alguna de estas circunstancias. Aunque a primera vista, nos parezcan casos de laboratorio o extraños, son situaciones que tal vez no se den con mucha regularidad, pero sí ocurren en la práctica diaria. Y la convergencia de alguna de estas situaciones, obliga a absolver no solo desde el punto de vista penal, sino también en cuanto a la responsabilidad civil. Así surge la enorme importancia de que el profesional en derecho que representa al acusado, conozca y sepa aplicarlos.

---

[95] Muñoz Conde, (2004), Ibíd., 14.
[96] Muñoz Conde, Francisco. Ibíd., pp. 14-15.

4.2. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Un examen especial y por separado, merece el análisis de las circunstancias en donde opera una situación de fuerza mayor o de caso fortuito. Estos eventos muchas veces son examinados, como si se tratarán del mismo[97], pero presentan diferencias que los particularizan. En ambos casos, opera una situación de ausencia de voluntad y, por ende, se da una falta de acción desde el punto de vista penal. De acuerdo con la Sala Tercera:

> El artículo 33 citado dispone que «No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor. La fuerza mayor se refiere a un hecho o evento que por su naturaleza, aún cuando fuera previsible y se prevea, es inevitable. El caso fortuito *[latín casus*, literalmente caída , y *fortuitos,* debido al azar] se refiere a un hecho que por ser imprevisible (aún utilizando una conducta diligente) deviene inevitable (si pudiera haberse previsto sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito) [sobre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor véase la *Exposición de Motivos del Código Penal* en cuanto al artículo 33; BRENES CORDOBA, Alberto: Tratado de las Obligaciones, San José, Ed. Juricentro, 1977, epígrafes 198 a 201; PEREZ VARGAS, Víctor: Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José, 1984, págs. 88 a 90 y 106 a 107; VON THUR, Andreas: Parte General del Derecho Civil, San José, Juricentro, 1977, págs. 115 a 116]… debe considerarse que el caso fortuito y la fuerza mayor -en tanto coinciden en ser sucesos inevitables- resultan incompatibles con la noción de tipicidad, porque el elemento normativo del tipo objetivo de estos delitos supone que el resultado (causado directamente por la falta al deber objetivo de cuidado) sea previsible y evitable, y este último carácter no se da en las dos hipótesis del artículo 33 comentado; incluso puede afirmarse que ambas hipótesis asumen la forma de una causa de exclusión de la *acción* (y no de la *culpabilidad*, como aparentemente lo sugiere el texto legal)

---

[97] **En este sentido en la jurisprudencia nacional se ha indicado:** "En algún momento, la distinción de ambos conceptos llegó a ser difícil de percibir, en parte por considerar la doctrina que no existían motivos de orden teórico ni práctico para establecerla, si la ley, en general, contemplaba ambos institutos como causas que exoneran de responsabilidad (cual sucede, también, en el campo penal). Así ocurre, por ejemplo, en muchas normas del Código Civil (artículos 702, 1071, 1180, 1267, 1268) y en otras múltiples disposiciones del ordenamiento jurídico, en distintas áreas". **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1262-97 de las once horas treinta minutos, del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

> denominada fuerza física irresistible, que se refiere a aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica (cfr. BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal, Parte General, Madrid, Ediciones Akal, 1990, p. 113, y; ZAFFARONI, Eugenio: Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1979, pág. 294, 207). Pero, según los hechos acreditados en la sentencia, no se verificó en la especie ni un caso fortuito ni uno de fuerza mayor[98].

Del anterior pronunciamiento de la Sala Tercera, es necesario destacar varios aspectos. Uno de ellos es que dicho Tribunal asimila los casos de fuerza mayor y caso fortuito con las circunstancias que prevé el artículo 38 también del Código Penal; pero que en realidad no tienen relación alguna. En primer lugar, el caso fortuito y la fuerza mayor, son causas de no acción o ausencia de conducta, en los cuales el resultado que se presenta, no está dentro de la voluntad del ser humano, su resolución en uno u otro sentido.

En tanto que las circunstancias que prevé el artículo 38, las cuales se denominan de fuerza irresistible, son situaciones, en donde se emplea violencia en contra de una persona, y ese empleo de violencia se va a manifestar de dos formas: una que se denomina la vis compulsiva, en donde existe voluntad pero viciada. Se trata aquí de la persona que es obligada a realizar un acto en contra de su voluntad, para lo cual se ejecuta violencia en su contra que lo obliga a llevar a cabo el acto. Por ejemplo, la persona que es obligada a suscribir un documento falso y es compelida para ello, para lo cual se le coloca un revólver detrás de su cabeza.

La segunda se trata también del empleo de la violencia y se denomina la vis absoluta, que se da en aquellos casos en donde el ser humano no tiene ninguna opción de actuar. Por ejemplo, el encargado de accionar el cambio de las líneas del ferrocarril, el cual es amarrado con una cuerda para evitar que lo haga y, a raíz de ello, se produce una colisión de trenes que genera muchas muertes. En esta segunda situación, la persona no tiene absolutamente ninguna posibilidad de actuar.

Llama la atención que la Sala Tercera en el pronunciamiento de análisis, señala que ambos casos (el caso fortuito y la fuerza mayor), operan como causas de exclusión de la acción, cuando en realidad no se puede excluir lo que no existe. Simplemente son causas de no acción, por cuanto en ellos no existe voluntad humana.

---

[98] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 372-F-94, de las diez horas cinco minutos del veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

En relación con un concepto de cada una de estas figuras, se ha indicado:

> El artículo 33 citado dispone que «No es culpable quien realiza el hecho típico por caso fortuito o fuerza mayor. La fuerza mayor se refiere a un hecho o evento que por su naturaleza, aún cuando fuera previsible y se prevea, es inevitable. El caso fortuito [latín casus, literalmente caída , y fortuitos, debido al azar] se refiere a un hecho que por ser imprevisible (aún utilizando una conducta diligente) deviene inevitable (si pudiera haberse previsto sería evitable: la culpa en la previsión excluye el caso fortuito) [sobre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor véase la Exposición de Motivos del Código Penal en cuanto al artículo 33; BRENES CORDOBA, Alberto: Tratado de las Obligaciones, San José, Ed. Juricentro, 1977, epígrafes 198 a 201; PEREZ VARGAS, Víctor: Principios de Responsabilidad Civil Extracontractual, San José, 1984, págs. 88 a 90 y 106 a 107; VON THUR, Andreas: Parte General del Derecho Civil, San José, Juricentro, 1977, págs. 115 a 116][99].

Con el fin de lograr una mejor comprensión de este tema, procedo a citar un pronunciamiento de la Sala Tercera, en el cual participé como defensor Público, y en el que se pone de manifiesto que la aplicación de la justicia que debe propiciar el defensor público, no puede ser a medias, pues muchas veces los jueces como seres humanos, actúan movidos por la emoción y no por la razón y la justicia, y en ese drama humano, el profesional en derecho no puede quedar satisfecho, cuando la aplicación de la ley se realiza fuera del marco legal, la justicia es la justicia y como tal debe aplicarse.

Este es un caso en donde se absolvió al imputado, en cuanto a su responsabilidad penal, pero se le absolvió en aplicación de una circunstancia que en realidad no sucedió, pues se afirmó en el fallo que el mismo actuó bajo un principio de estado de necesidad exculpante, cuando en realidad fue siempre criterio de la defensa que la actuación del encartado fue al amparo de una causa de fuerza mayor, que como tal excluía todo tipo de responsabilidad penal y civil.

Lo grave del asunto es que a pesar de que se le absolvió, aplicando otra causal diferente a la del caso fortuito, con lo cual se le absolvió en cuanto

---

[99] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 676-98, de las nueve horas cuarenta minutos, del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho.

a la responsabilidad penal; se acogió la demanda civil y, en razón de ello, se condeno al imputado al pago de varios millones de colones.

En este sentido, la presentación del recurso de casación tuvo la dificultad de que había que atacar en forma directa, aspectos de fondo, para señalar que el imputado había sido absuelto, lo cual estaba bien, pero por motivos erróneos y por ser errónea la causa por la cual se le absolvió, se decretó la responsabilidad civil en su contra.

En los aspectos esenciales de la resolución, a través de la cual se acogió el recurso de la defensa, pero señalando la concurrencia de un caso fortuito y no de fuerza mayor, la Sala Tercera señaló:

> Si la propia sentencia ha descartado que Cisneros Sánchez manejara a exceso de velocidad y realizando piques con otros conductores, no es posible trasladar el análisis de tipicidad y antijuridicidad de la conducta, al hecho de que fuera previsible para el imputado, que por el carril contrario transitaran otros vehículos, si como ocurre en este caso, el ingreso a ese otro carril se debió a una circunstancia imprevisible para el acusado, verbigracia, el hecho de que otro conductor, irresponsablemente le obstaculizara su camino. Si bien es cierto, el recurrente plantea para el caso concreto la aplicación del numeral 33 del Código Penal, ubicando lo acontecido como un caso de fuerza mayor[100], la jurisprudencia de esta Sala avala para este tipo de situaciones la aplicación del referido numeral pero considerando la situación como propia de un caso fortuito... En el presente caso, el hecho de que otro conductor irresponsablemente, obstaculizara la vía por la que transitaba Randall Cisneros Sánchez en forma normal y adecuada, es lo que permite aplicar el artículo 33 del Código Penal, que fue desechado erróneamente por los Juzgadores, confundiendo qué circunstancia era la que debía preverse y por lo tanto fuera posible de ser evitada por el imputado. Conforme los hechos que se tuvo por probados en la sentencia, la presencia de un vehículo que obstaculizara la marcha del automotor propiedad del justiciable fue imprevisible e inevitable para Cisneros Sánchez, quien, como señalan los

[100] Opté por alegar la existencia de una fuerza mayor, por cuanto la doctrina en su tratamiento ha señalado que la misma además de la exclusión de la responsabilidad penal, excluye la responsabilidad civil, situación que no ocurre siempre con el caso fortuito que, muchas veces, deja intacta la responsabilidad civil y, para el caso concreto, no quería correr riesgos innecesarios.

> propios Juzgadores, reaccionó desviando su carro hacia el lado izquierdo de la vía. Siendo así las cosas y respetando el marco fáctico tenido como probado por el a quo, no es posible mantener la responsabilidad penal por el tipo culposo de homicidio, si lo que se afirma por los Jueces que resultaba previsible, era que en el otro carril vinieran vehículos, puesto que ese hecho aunque pudo ser previsible era inevitable porque no fue posible para el acusado maniobrar su vehículo de otra forma. El otro error en el que incurre el Tribunal, es utilizar la figura del estado de necesidad exculpante que prevé el numeral 38 ya citado, puesto que en este caso, se supondría que el acusado tomó una decisión, aunque viciada, producto de la amenaza o coacción a la que fue sometido, pero esta voluntad o decisión resultaría incompatible con la presencia del delito culposo que se le ha atribuido. Aunque el Tribunal ha absuelto a Randall Cisneros Sánchez de responsabilidad penal, lleva razón la defensa cuando afirma que tiene trascendencia el error en la aplicación de la ley sustantiva porque se declaró con lugar la demanda de responsabilidad civil en contra del imputado, utilizando como fundamento jurídico para ello el artículo 1045 del Código Civil y las normas vigentes del Código Penal sobre este tema. Sin embargo, al declararse ahora con lugar la presente impugnación en cuanto se alega una errónea aplicación de la ley sustantiva, pierde sustento jurídico la condena civil y lo que legalmente procede, es declarar que la lamentable situación acontecida fue producto de un caso fortuito que excluye la acción y por consiguiente no se configuró en la especie el delito de homicidio culposo por parte del acusado[101].

La anterior sentencia pone de manifiesto la importancia de que estas situaciones de no acción, se apliquen en forma correcta, por cuanto como sucedió en el caso referido, se negó su aplicación con consecuencias económicas para el encartado, pues se acogió la acción civil resarcitoria incoada en su contra.

---

[101] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1052-2004, San José, a las nueve horas cincuenta y cinco minutos del treinta de agosto de dos mil cuatro.

SECCIÓN II.
LA TIPICIDAD Y EL TIPO PENAL

Todo operador del derecho penal y, entre ellos, el defensor y defensora públicos, deben tener un claro concepto de lo que constituye el tipo penal, pues en todo proceso penal, la discusión siempre se dará alrededor de la comisión de una conducta considerada delictiva y cómo dicha conducta está regulada en el tipo penal. Esta situación de mera verificación adquiere una enorme relevancia en algunos casos, cuando la conducta que se atribuye a la persona acusada, es novedosa y, por ello, se duda en cuanto a si existe una norma en el Código Penal o en una ley accesoria que la regule.

Así sucedió recientemente, cuando salió a la luz pública informes de un operativo realizado en Europa que tenía por finalidad, sancionar la tenencia de material pornográfico que se moviliza con la utilización de las redes informáticas y que involucra a niños y niñas menores de edad, en el cual participaron muchos países a nivel mundial, entre ellos el nuestro. No obstante, a pesar de que dicho operativo señaló que en nuestro país, existían personas que tenían en su poder material de esta clase, no existe en todo el ordenamiento jurídico costarricense, una norma de naturaleza penal que sancione dichas conductas.

Fue precisamente esa falta de regulación de la tenencia de material pornográfico que involucra a menores de edad, lo que genero a nivel legislativo, todo un movimiento tendiente a establecer tipos penales que llegaran a sancionar dichas conductas. Lo cual se logró a través de la Ley Número 8590 de 18 de julio del 2007, publicada en la Gaceta N° 166 de 30 de agosto del 2007, que se tipifico el delito de Tenencia de Material Pornográfico, en el artículo 173 bis del Código Penal, para lo se establece:

> **Artículo 173 bis.-**Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, quien posea material pornográfico en el que aparezcan menores de edad, ya sea utilizando su imagen y/ o su voz.

El análisis de todas aquellas conductas que se señalan como delictivas, requieren para su constatación de la revisión minuciosa de la misma a la luz de los requerimientos de la teoría del delito, verificando si la misma cumple los requisitos para constituir efectivamente una conducta delictiva. Desde esta óptica, en relación con los diversos aspectos considerados en la teoría del delito para analizar el carácter ilícito o no de una conducta, el jurista Enrique Bacigalupo hace una reseña sumamente clara e importante de este proceso, la cual por su pertinencia y claridad a continuación se cita:

> De esta forma la teoría del delito tiene un carácter instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos. En otras palabras, la teoría del delito trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con considerable grado de seguridad[102].

En este sentido, la teoría del delito realiza una tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto. Y como se indica:

> Si resumimos ahora lo dicho puede afirmarse que la teoría del delito trata de responder tres preguntas:
>
> 1. ¿Es el hecho cometido prohibido por la norma?
> 2. ¿Si es el prohibido por la norma, ¿estaba en las circunstancias en que se lo realizó autorizado?
> 3. ¿Es responsable el autor del hecho prohibido y no autorizado?
>
> Como puede verse las dos primeras preguntas se refieren al hecho, es decir a la acción (o la omisión), mientras que la última se relaciona con el autor de la acción. Hecho prohibido y no-autorizado se designa con el término ilícito (frecuentemente también con la expresión injusto).
>
> La respuesta a las tres preguntas es el desarrollo de la teoría del delito y más aún, de toda teoría del delito. La primera pregunta se contesta mediante la teoría del tipo penal y la tipicidad. El tipo penal es la descripción contenida en la ley de una acción contraria a una norma y la tipicidad es la característica de una acción efectivamente realizada de subsumirse bajo el tipo penal. La segunda pregunta se contesta mediante la teoría de la antijuricidad. Esta teoría trata de establecer en qué casos una acción típica (contraria a una norma) está justificada (-autorizada) y si la acción concreta que se juzga pertenece a esos supuestos. La última pregunta se responde mediante la teoría de la culpabilidad, que determina bajo qué condiciones el autor de una acción prohibida (-típica y no-autorizada (-antijurídica) es responsable.

---

[102] Bacigalupo Zapater, Enrique, **op. cit**., pp. 17-18.

> Ahora es posible expresar el concepto prejurídico del delito (perturbación grave del orden social) en un concepto jurídico del mismo:
>
> Delito es una acción típica, antijurídica y culpable[103].

Como ha quedado evidenciado con la cita anterior, el estudio de los diversos elementos que conforman una conducta como ilícita, sean estos, una acción típica, antijurídica y culpable, requiere un gran esfuerzo desde el punto de vista técnico para el defensor y la defensora públicos. Este procedimiento se constituye fundamental para llevar a cabo en forma eficiente, la labor que la legislación y el ordenamiento jurídico, nos señalan en nuestras labores diarias en el campo del derecho penal.

No puede concebirse la existencia de una labor adecuada por parte de quienes nos desempeñamos como defensores y defensoras públicos, en lo penal, si ignoramos aspectos esenciales de los diversos elementos que conforman la teoría del delito, y esto es precisamente lo que se pretende con este módulo de la Teoría del Delito, como uno de los cursos que conforman el Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública: llamar la atención sobre un instrumento básico en la labor del defensor y defensora públicos, como lo es la teoría del delito, sin olvidar la necesidad del estudio y de la investigación constante, como claros derroteros para que se haga efectiva la protección de los derechos y garantías que por imperativo de ley, se nos ha confiado.

El anterior preámbulo tiene por finalidad, poner de manifiesto el carácter esencial de conocer y aplicar en forma adecuada, desde un punto de vista técnico, lo que son el tipo penal y la tipicidad en general. Por cuanto llegar al criterio de que una conducta es típica o atípica, se constituye muchas veces en un factor esencial para que la ley se aplique en forma adecuada. Por tanto, dicha labor requiere un análisis cuidadoso por parte del defensor o defensora Públicos. No vaya a ser que por impericia de la Defensa, se sancione a una persona por una conducta que en realidad no se ajusta o no se subsume en lo que señala el tipo penal.

Precisamente para destacar estos aspectos tan importantes, a continuación se procede a analizar lo que constituyen, el tipo penal, la tipicidad, las clases de tipicidad.

---

[103] Bacigalupo Zapater, Enrique. **Ibíd.**, pp. 18-19.

El tipo penal se ha conceptualizado de la siguiente forma:

> El tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. A esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. En este caso diremos que el hecho se subsume bajo el tipo penal que estemos considerando[104].

Se indica en primera instancia que el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. Se refiere con ello a la enunciación de una conducta que se establece como prohibida; ejemplo de ello es el artículo 111 del Código Penal que indica:

> "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de doce a dieciocho años.

No cabe duda de cuál es la conducta que se describe en dicha norma: dar muerte a una persona y quien lo hiciera, señala que será sancionado con una pena de doce a dieciocho años. Esta norma adquiere interés para los distintos operadores del sistema judicial, cuando precisamente se establezca una investigación que pretenda establecer la autoría de un hecho de esta naturaleza.

Si al final del proceso se llega a demostrar que efectivamente la persona acusada dio muerte a esta persona, su conducta se subsume en la regulación que efectúa el numeral 111 del Código Penal, con la imposición de la correspondiente pena señalada en dicho artículo. Puede entonces afirmarse que el hecho investigado es un hecho típico en el sentido de que se subsume o encuadra dentro de lo previsto en la norma penal.

Sobre el tipo penal, se ha indicado:

> El nombre tipo, alude en derecho penal a descripciones de conductas que llevan aparejada una sanción. Las descripciones lo son en lenguaje aseverativo; dicen, predican, señalan un comportamiento probable y posible, especie de arquetipo de conductas, (no en vano la palabra tipo significa en griego modelo). Esta modalidad de presentación de conductas probables a veces nos impide observar claramente el origen mismo de la descripción: lógicamente por razones de econo-

---

[104] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Ibíd.**, p. 29.

> mía legislativa es mejor decir sólo la acción a castigar, que mencionar su antecedente normativo y fáctico[105].

Sobre el tema de la tipicidad penal y su relación con el principio de legalidad, del cual forma parte aquel, en nuestra jurisprudencia se ha apuntado:

> De las ideas expuestas resulta, a modo de común denominador, que la regla que impone el principio de legalidad penal tiene como fines principales la clarificación, precisión y previsibilidad de las conductas consideradas delito y de las consecuencias que estas tienen atribuidas. En ese sentido la Sala ha afirmado que el principio de legalidad penal tutela el valor certeza del derecho penal (sentencia 7036-1996 de las 9:39 horas del 24 de diciembre de 1996). En atención a todo lo expuesto, resulta evidente que el principio de legalidad penal tiene repercusiones materiales de la mayor importancia que se traducen en exigencias concretas de técnica legislativa en materia de estructura de los tipos penales. Dichas exigencias se refieren a la necesaria claridad y precisión de la norma penal que permita la previsibilidad (sentencia 1876-1990 de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990). Estas exigencias obedecen a la idea de que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales se traslada al juez la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, pues será el criterio del juez el que dará los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito (sentencia 1877-90 de las 16:02 del 19 de diciembre de 1990). El valor que tienen la claridad y precisión de las normas penales ha sido puesto de manifiesto por la Sala, singularmente, en su jurisprudencia relacionada con el principio de tipicidad penal. Al respecto, dadas las mencionadas exigencias que a nivel material impone el principio de legalidad penal existe una necesaria relación entre éste y el principio tipicidad penal. En cuanto a la relación entre ambos principios y a las exigencias que a nivel constitucional impone el principio de tipicidad, la Sala Constitucional ha indicado:
>
> El principio de legalidad es un componente fundamental del debido proceso. En sentido amplio, tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciuda-

[105] El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo**,** (1991), **op. cit**., p. 84.

> dano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución-. De manera que para que una conducta constituya delito necesariamente debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar. (Sentencia 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve)[106].

La forma adecuada cómo debe llevarse a cabo el proceso de tipificación de una conducta, ha sido explicada por la Sala Constitucional, para lo cual ha establecido los requisitos que tal procedimiento implica, y con respecto a estos, ha indicado:

> En ese sentido, la Sala destaca que la garantía de la tipicidad penal impone exigencias constitucionales a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales. Dentro de esas exigencias resulta fundamental que se dé una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma. Para que no se produzca esa traslación al juez, infractor del principio de tipicidad y del principio de legalidad penal, es necesario que las conductas típicas y las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible. De ahí que como demuestra la jurisprudencia antes citada, la Sala, por regla de principio, rechace el uso de términos muy amplios, ambiguos o generales en la descripción de las normas penales por considerarla una técnica defectuosa que en muchos casos configura un vicio invalidante de naturaleza constitucional, por infracción del principio de tipicidad penal, fundamentalmente, cuando la norma se presenta como oscura y de difícil comprensión[107].

---

[106] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 3441-2004,** de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos, del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.-

[107] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 3441-2004**,** de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos, del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Sobre este mismo tópico, la Sala Constitucional ha señalado:

> En esta materia, no puede olvidarse que prevalece no sólo el principio de legalidad criminal contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política y recogido en artículo 1º del Código Penal, sino también el principio de reserva legal, cuyo sustento se determina a partir de lo dispuesto en el artículo 28 constitucional. De estos principios se deriva además el de tipicidad, que nos señala que toda conducta o comportamiento considerado como delito debe estar claramente descrito en la ley (tipo penal), con lo que se busca que los operadores del derecho, al momento de su aplicación, se limiten a lo que en ella está previsto. Como nos lo recuerda FERRAJOLI, Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido [...] El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como tipos objetivos de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de tipos subjetivos de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas Ferrajoli, Luigi, (Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995, p. 36) [...][108].

El criterio de la Sala Constitucional es muy claro, en cuanto a la forma adecuada cómo debe describirse la conducta. Al momento de conformar un tipo penal, rechaza la utilización de conceptos ambiguos, amplios o generales en la descripción de la conducta. Y como indica, tal requisito tiene la finalidad de evitar que sea el juez, quien tenga que realizar una labor de interpretación, a fin de valorar si la conducta que se acusa, efectivamente es o no la conducta descrita en el tipo penal y, obviamente, este proceso de interpretación, puede realizarse en contra de la persona acusada, por lo cual debe darse claridad en el tipo penal. De esta forma, se evitan estos peligros y se salvaguarda el principio de legalidad.

---

[108] **Tribunal de Casación Penal**. Voto número 2005-1090, de las diez horas de 21 de octubre de dos mil cinco.

Los requisitos antes reseñados han sido establecidos por la Sala Constitucional, incluso en cuanto a la forma de señalar la pena por imponer. En este sentido, ya ha decretado la inconstitucionalidad de tipos penales, cuando el mismo no contiene el señalamiento concreto sobre la pena por imponer, en un caso concreto estableció lo siguiente:

> De la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal. Una vez examinado el principio constitucional de tipicidad, procede ahora revisar sí la norma consultada violenta ese principio y por ende el artículo 39 constitucional. El texto de la norma establece como sanción al delito de abusos sexuales contra personas mayores de edad una pena de dos a cuatro años y para la circunstancia de agravación de tres a seis años. El tipo penal no establece que tipo de pena se debe imponer, lo que provoca que no cumpla con los requisitos mencionados en el considerando precedente. Esta ausencia lesiona el artículo 39 de la Constitución Política, al no determinar en forma clara y precisa el tipo de sanción prevista para la conducta reprochable. El destinatario queda en una situación de que no puede reconocer la consecuencia de su acción y se deja al arbitrio del juzgador la interpretación del tipo de sanción aplicable al caso, siendo éste quien realiza la labor legislativa[109].

No cabe la menor duda de que desde esta óptica, el tipo penal representa para el ciudadano, una garantía procesal, en la medida en que no por cualquier conducta va a ser sancionado, sino solo por aquellas que se subsumen en la conducta prevista en el tipo penal, lo que pone de manifiesto la necesidad de que el defensor y defensora Públicos, siempre estén alertas para evitar que las personas que representan, sean llevadas a juicio y sean sancionadas por hechos que no se ajustan a lo previsto en el tipo penal.

Esta situación es común en estos tiempos de un gran desarrollo tecnológico e informático, por lo que muchas veces, se pretenden sancionar conductas que aunque se consideren reprochables, desde el punto de vista moral, aún no están previstas dentro de un tipo penal. Y para que quede por acreditado que muchas veces el Ministerio Público, acusa conductas que no

---

[109] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 6304-2000 de las quince horas con cincuenta y seis minutos, del diecinueve de julio, de dos mil. Sobre consulta Judicial promovida por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, referente al artículo 162 del Código Penal, reformado mediante Ley número 7899, del 3 de agosto de 1999, denominada "Ley Contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad", publicada en la Gaceta número 159, del 17 de agosto de 1999.

están descritas y, por ende, no se ajustan a lo preceptuado en el tipo penal. Razón por la cual, la defensa siempre debe estar atenta, y para demostrarlo; nada mejor que un ejemplo en donde se acusó por la comisión de un delito informático, a pesar de que la conducta desplegada por la acusada, no se subsumía por el tipo penal acusado, tal y como lo argumentó la Defensa Pública en el recurso de casación presentado. Para ello la Sala Tercera señaló:

> Al realizar el análisis jurídico penal, el Tribunal afirma que la encartada hizo uso indebido de la tarjeta - al sustraerla de la cartera de la ofendida - así como de los datos del sistema de cómputo para ingresar a su cuenta, sea la clave o pin de esa tarjeta. Esa acción la considera constitutiva del delito contemplado en el artículo 217 bis del Código Penal, el cual dispone: Se impondrá prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema . A juicio de esta Sala, la conducta tenida por probada - sustracción de la tarjeta de débito, obtención de la clave de ingreso, y uso de la tarjeta para conseguir en el cajero automático, dinero de la cuenta de la ofendida -, no es propia de dicha ilicitud, en vista de que B. B. no manipuló los datos del sistema, ni influyó en su procesamiento. Como se señaló en un caso similar: En sentido amplio, el delito informático es cualquier ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como medio o como fin; como medio en el caso del fraude informático, y como fin, en el sabotaje informático (artículo 229 bis del Código Penal). Por una parte, el National Center for Computer Crime Data indica que el delito informático incluye todos los delitos perpetrados por medio del uso de ordenadores y todos los delitos en que se dañe a los ordenadores o a sus componentes. De igual forma, y siempre con ese carácter de generalidad y amplitud, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) explica que el delito informático es toda conducta ilegal, no ética o no autorizada, que involucra un proceso automático de datos y/o la transmisión de datos. Asimismo, William Cashion - estadounidense experto en informática - señala que el delito informático es cualquier acto inicuo que no puede ser cometido sin un ordenador o que no existiría sin un ordenador o su tecnología (Delitos informáticos, Carlos

Chinchilla Sandí, Farben, 2004, página 27). Si bien para la comisión de un delito informático se requiere un ordenador, ello no implica que siempre que en la comisión del hecho delictivo esté presente un computador, estaremos en presencia de un delito informático. Para mostrar un caso obvio, si se violenta un cajero automático para sustraer el dinero que guarda, no se cometerá un delito informático. De acuerdo a la redacción de la norma en el Código Penal vigente, la acción del sujeto activo consistirá en influir en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, a través de varias conductas que han de incidir en el proceso de los datos del sistema. Influir en el procesamiento o resultado de los datos será manipular la información, alimentar el sistema de forma irregular, actos que incidirán en el proceso de los datos, es decir, en la realización de las instrucciones de un sistema. Por ejemplo, en el proceso de pagar el salario a los empleados habrá una serie de pasos a seguir, que si alguno se altera fraudulentamente, incidirá en el resto del proceso. El usuario aparece al final de ese proceso, y en términos generales, no lo puede modificar. Para hacerlo, requiere el ingreso al sistema, y usualmente debe poseer ciertos conocimientos. Las personas que cometen delitos informáticos presentan algunas características que no tiene el común de las personas, como la destreza en el manejo de los sistemas informáticos, o una posición estratégica que le facilita el manejo de información restringida, o, en muchos casos, ambas ventajas. Por estos aspectos son considerados delitos de cuello blanco. Esto por cuanto, además de la tecnicidad en el manejo de los sistemas, éstos se encuentran protegidos por mecanismos de defensa cuya vulneración requiere, usualmente, de conocimientos técnicos: Esta predisposición de medios defensivos en forma general y la limitación que se puso a los delitos electrónicos nos permite inducir en forma clara que para ingresar a cualquier sistema sin la debida autorización (para el caso la simple intrusión resultaría el delito subsidiario de otros más graves como hacking o robo de información, por citar algunos) implica necesariamente vencer una resistencia predispuesta del sistema colocada allí expresamente por razones de seguridad, - según expresan los programadores y constructores - . (Derecho Penal Informático, Gabriel Cámpoli, Investigaciones Jurídicas S.A., 2003, página 28). Según indica el doctor Chinchilla Sandí, dentro de esas conductas destacan la manipulación de los datos de entrada: conocido también como sustracción de datos, es el más común en vista

> de la facilidad para la comisión y la dificultad en el descubrimiento. No requiere de conocimientos técnicos en informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso al procesamiento de datos en su fase de adquisición; manipulación de programas: difícil de descubrir pues el sujeto activo ha de tener conocimientos técnicos concretos de informática. Consiste en modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en introducir nuevos programas o nuevas rutinas. Un método muy usado es el denominado Caballo de Troya , el cual consiste en implantar instrucciones de computadora en forma subrepticia en un programa informático para que realice una función no autorizada al mismo tiempo que la normal; manipulación de los datos de salida: se lleva a cabo fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático, como el fraude a los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos, lo que se hacía con tarjetas bancarias robadas. Ahora se usa equipo y programas de computadora especializados para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y en las tarjetas de crédito (Sala Tercera, sentencia # 148-2006). Como se observa, el delito de fraude informático requiere algún manejo de los datos, o los programas, que afecta el proceso de los datos del sistema. Por su parte, la conducta tenida por acreditada, en el caso en estudio, es el apoderamiento ilegítimo de dinero ajeno, utilizando la tarjeta original, por medio de un ordenador, pero sin modificación, ni alteración de la información que éste contenía, de modo que indujera a error en el procesamiento o el resultado de los datos del sistema. La acción realizada es la misma que hubiera hecho la titular de la tarjeta de débito, para obtener el dinero, por lo cual la conducta tenida por cierta no se adecua al tipo penal considerado por el Tribunal[110].

Ejemplos como el anterior ilustran que muchas veces irresponsablemente, el Ministerio Público acusa conductas y las trata de encuadrar o subsumir en tipos penales existentes; pero para ello llevan a cabo interpretaciones ampliativas, en donde tratan de introducir conductas que no se ajustan a los requerimientos del tipo penal. Este es un ejercicio abusivo de la potestad acusatoria que encuentra muchas veces tierra fértil en jueces de corte inquisitivo

---

[110] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 763-2006, a las nueve horas veinte minutos, del dieciocho de agosto de dos mil seis.

que dan cabida a esas interpretaciones, y que no se toman la molestia para llevar a cabo un análisis concienzudo, y digo análisis concienzudo porque si se llevara a cabo, se darían cuenta de que la conducta acusada no se subsume en el tipo penal, señalado por la Fiscalía. Es por esto, que la Defensa Pública siempre debe estar alerta, para evitar que se den estas sentencias condenatorias que, sin lugar a dudas, tienen una naturaleza ilegal y arbitraria, pues que más ilegal y arbitraria es una sentencia que condena por hechos atípicos.

En esta importante labor desplegada por la Sala Constitucional, en cuanto a la naturaleza de verdadera garantía que representa para todos los ciudadanos la tipicidad penal, incluso ha señalado la forma cómo debe estar conformado el tipo penal, para ello indica:

> Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cual es la acción constitutiva de infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. (Sentencia número 1877-90, de las dieciséis horas dos minutos del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Tres son los elementos básicos del delito, que es una actuación u omisión típica, antijurídica y culpable. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad [...] En este orden de ideas, existe una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en una verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que per-

> mitan tipificar correctamente las conductas que pretenden reprimir como delito[111].

Como queda evidenciado a veces, se hace difícil establecer una clara diferencia entre la tipicidad y el tipo penal, por cuanto entre ambos conceptos, se da una relación directa que puede ser explicada en los siguientes términos:

> De esta manera, en el estudio de la acción delictuosa, el binomio tipo/tipicidad adquiere fundamental importancia: el tipo como el instrumento por medio del cual se manifiesta la prohibición y la tipicidad como la característica de una acción humana de haberse adecuado formal y penalmente al tipo[112].

En igual sentido, para explicar la relación existente entre tipicidad y tipo penal se ha indicado:

> II.-Del Principio de Tipicidad Penal. Los estrictos instrumentos utilizados por el derecho penal, para la protección de bienes jurídicos, hacen que éstos sean restringidos por medio de principios y posiciones jurídicas. En ese sentido el principio de tipicidad adquiere relevancia, al señalar, que solo las conductas descritas en ley previa son consideradas como delitos. Respecto a la tipicidad la Sala se ha pronunciado en diferentes ocasiones. En la resolución de las dieciséis horas veinte minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y uno, dijo: Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia pena, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quien es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cual es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que

---

[111] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 10543 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos, del diecisiete de octubre del año dos mil uno.

[112] El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991), **óp. cit**, pp. 85-86.

> permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular[113].

En tanto que dicha relación ha sido también explicada en la doctrina internacional, de la siguiente forma:

> Tipo, es por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal[114].

La anterior exposición ha tenido por objetivo poner de manifiesto la labor fundamental que debe llevar a cabo el defensor o defensora Públicos, a efectos de determinar, si la conducta acusada es efectivamente subsumible en el tipo penal, verificando para ello, si dicha conducta adecuadamente cumple con el requisito de la tipicidad. A tal grado que el tipo penal, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, cumpla efectivamente una labor de garantía para la persona acusada y opere como un verdadero límite para el ejercicio del ius puniendi del Estado.

Solo una vez que se establezca que la conducta acusada es típica, deberá continuarse con el análisis del siguiente estadio de la teoría del delito: sea la antijuricidad.

---

[113] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 6304-2000, de las quince horas con cincuenta y seis minutos, del diecinueve de julio de dos mil.

[114] Bacigalupo Zapater, Enrique, **óp. cit**, p. 32.

1. LA TEORÍA DEL DELITO Y LAS TEORÍAS DEL TIPO

En el punto anterior, se han analizado en forma breve, la tipicidad y el tipo penal, por lo que ahora es oportuno, aunque tan solo sea en forma tangencial, referirse a las teorías referentes al tipo penal. Así como se enuncia la existencia de varias teorías que analizan la problemática de la acción, otras por el contrario, se han ocupado de las teorías del tipo.

Dos teorías principalmente han ocupado la atención de los estudiosos del derecho penal: la teoría del tipo simple y la teoría del tipo complejo. Veamos en qué consiste cada una de ellas y cuáles son las consecuencias de tomar partido por una u otra.

Antes de analizar estas teorías, es oportuno traer a colación un acertado comentario que el jurista nacional, Francisco Dall" Anesse Ruiz, formuló hace bastante tiempo, con respecto a estas teorías, cuando se pronunció con respecto a la problemática de la ubicación del dolo en nuestra legislación, para lo cual señaló:

> Sin embargo es común en la doctrina general, que se confundan la teoría causalista con la teoría del tipo simple, y la teoría finalista con la teoría del tipo complejo; ello por cuanto la mayoría de los finalistas ubican el dolo en el tipo, atendiendo a la teoría del tipo complejo y la mayoría de los causalistas ubican el dolo en la culpabilidad siguiendo la teoría del tipo simple. Pero las teorías causalista y finalista, se refieren exclusivamente a la palabra acción de la definición de delito (acción típica, antijurídica y culpable); […][115].

La teoría finalista y la teoría causalista son teorías de la acción, en tanto que la teoría del tipo simple y la del tipo complejo, son teorías precisamente del tipo, por lo cual no es dable su confusión. Una vez aclarado este punto, debe señalarse que la diferencia entre ambas teorías, estriba precisamente en la forma cómo se colocan los elementos en la tipicidad y en la culpabilidad, en tanto que para ambas, la antijuricidad se manifiesta invariable: es decir, está conformada en ambas teorías por la ausencia de causas de justificación.

Las diferencias en cuanto a la conformación de cada uno de los estadios de la teoría del delito, según cada una de las teorías, es el siguiente:

---

[115] Dall"Annese Ruíz, Francisco., (1991). **El Dolo.**, Investigaciones Jurídicas, San José, p. 12,

En la teoría del tipo simple los elementos del delito se encuentran organizados de la siguiente manera:

- La tipicidad se refiere únicamente a elementos descriptivos (palabras usadas por el derecho con el mismo significado que el lenguaje común), normativos (palabras con significado estrictamente jurídico, no tienen el significado que el lenguaje común les atribuye, por ejemplo el concepto de cosa mueble), y elementos subjetivos o personales constitutivos de la infracción (calidades, relaciones o circunstancias que acompañan al sujeto activo, por ejemplo la calidad de funcionario público .
- La antijuricidad como segundo elemento se refiere a la ausencia de justificación.
- La culpabilidad como tercer elemento del delito reúne: Dolo, entendido como conocimiento del hecho y de la ilicitud del hecho y voluntad de realizarlo, la imputabilidad; y el Poder de actuar conforme a derecho (también llamado Exigibilidad).

La teoría del tipo complejo organiza los elementos del delito de la siguiente forma:

- Tipicidad: La divide en tipicidad objetiva, donde se encuentran los elementos normativos, descriptivos y subjetivos; y subjetiva, donde se encuentra los elementos alternativos de dolo y culpa, ambos compuestos de elementos cognitivos y alternativos de dolo y culpa. En el caso del dolo, la acción debe ser realizada con conocimiento del hecho que se realiza y voluntad de llevarlo a cabo (nótese que no incluye el conocimiento de la ilicitud del hecho que se mantiene ubicado en la culpabilidad), y en el caso de la culpa, el aspecto cognitivo es la previsibilidad del resultado y el volitivo, el deseo y aceptación de los medios contrarios a derecho.

- La antijuricidad mantiene el mismo contenido de ausencia de justificación.
- La culpabilidad, al carecer de dolo y culpa por ser estos los componentes alternativos del tipo subjetivo, se compone entonces de tres aspectos que son: imputabilidad, conocimiento de la ilicitud (este aspecto sí permanece en la culpabilidad) y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho. Es esta una culpabilidad de carácter netamente normativo, y por ello la teoría que la analiza se denomina normativa de la culpabilidad.

Tras este breve repaso de las teorías del tipo, se aclara que la investigación parte de la teoría del tipo complejo, que va de la mano con la teoría normativa de la culpabilidad, pues la estructuración del tipo tal y como se acaba de describir, con el dolo y la culpa como aspectos alternativos del tipo subjetivo, dejan ayuno de contenido psicológico la culpabilidad, la cual queda reducida a la constatación de tres elementos: la imputabilidd, el conocimiento del injusto, y a la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

Resulta oportuno señalar que:

> El optar por la teoría del tipo complejo unida a la teoría normativa de la culpabilidad, no es una decisión caprichosa, sino que obedece al hecho de que desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial se afirma que ambas teorías son las que se ajustan al ordenamiento jurídico vigente en Costa Rica […][116].

[116] Ver Camacho Morales, Montero Montero, Vargas González, **Óp. cit.,** pp. 13-15.

Con base en un cuadro comparativo, la situación de ambas teorías es la siguiente:

<table>
<tr><th colspan="3">TIPO SIMPLE</th><th>TIPO COMPLEJO</th></tr>
<tr><td rowspan="2">INJUSTO PENAL</td><td>TIPICIDAD</td><td>Elementos subjetivos
Elementos descriptivos</td><td rowspan="2">Tipo subjetivo { Dolo { - conocimiento del hecho
- voluntad

Tipo objetivo { elementos subjetivos
elementos normativos
elementos descriptivos</td></tr>
<tr><td>ANTIJURICIDAD</td><td>Elementos normativos</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>Ausencia de justificación</td><td>Ausencia de justificación</td></tr>
<tr><td rowspan="2">CULPABILIDAD</td><td colspan="2">Imputabilidad
Poder actuar a derecho</td><td rowspan="2">Imputabilidad
Poder actuar a derecho
Conocimiento de la ilicitud
Reproche</td></tr>
<tr><td colspan="2">Dolo { conocimiento { - del hecho
voluntad { - de la ilicitud
Reproche</td></tr>
</table>

Nota: cuadro comparativo entre las teoría del Tipo Simple y la Teoría del Tipo Complejo[117].

Los aspectos diferenciadores entre ambas teorías se sintetizan así:

a. El tipo simple está compuesto de elementos que tienden a hacer una mera descripción del hecho punible; en tanto que el tipo complejo se subdivide en un tipo objetivo que contiene la descripción del hecho, y un tipo subjetivo que corresponde al dolo o la culpa según sea el caso.

[117] Tal y como aparece en la obra de Dall" Annese Ruiz, Francisco, **Óp. cit.,** p. 14

b. La culpabilidad de la teoría simple contiene al dolo, mientras la teoría compleja tiene una culpabilidad sin dolo.

c. La subestructura del dolo en la teoría del tipo simple, tiene un componente cognitivo dividido en conocimiento del hecho y el conocimiento de la antijuricidad; a diferencia del dolo de la teoría del tipo complejo, que sólo abarca el conocimiento del hecho, pasando el conocimiento de la ilicitud a ser una parte (elemento independiente) de la culpabilidad[118].

Como puede apreciarse, las diferencias sustanciales entre una y otra, estriban fundamentalmente en la ubicación que se le da al dolo. Esta situación provoca consecuencias en cuanto a la responsabilidad penal; pero también en relación con la responsabilidad civil y se verificará con mayor detalle, en el transcurso del análisis de los otros estadios de la teoría del delito, en el presente módulo.

2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Corresponde ahora proceder a analizar los diversos elementos que conforman el tipo penal, como forma adecuada de conocer su contenido, establecer la diferencia entre ellos y con la finalidad de que el defensor y defensora públicos, dominen su aplicación práctica. En este sentido, se analizarán los elementos objetivos y subjetivos que componen el tipo penal. Pero antes de dicho análisis a efectos de tener claridad sobre estos elementos que conforman el tipo penal, de conformidad con la jurisprudencia nacional, debe indicarse:

> En su perfil objetivo el tipo se llena por tres clases de ingredientes: (i) elementos descriptivos, que son palabras usadas por el derecho con el mismo significado que el lenguaje común (p.e.: «persona» en el § 111, c.p. , refiere un ser humano como lo entiende cualquiera, ya en un contexto estrictamente jurídico, ya en una conversación ajena al derecho, no se trata de una persona moral o jurídica como una sociedad mercantil o una asociación); (ii) elementos normativos, cuyo significado es estrictamente jurídico y no coincide con el uso vulgar, de modo que demandan una fijación de sentido por parte del

[118] Dall"Annese Ruíz, Francisco, **Óp. cit.**, pp. 15-16.

> intérprete de la ley (p.e.: «cosa mueble» en el § 208, c.p., es cualquier objeto material susceptible de ser trasladado de un lugar a otro [v.gr. un cheque, un bolígrafo, un anillo, un perro, etc.], no se trata del concepto vernacular restringido a algunos bienes de uso doméstico como sillones o camas); y (iii) elementos personales constitutivos de la infracción penal, subdivididos en (iii.a) «calidades» (p.e.: «funcionario público», § 179, c.p.), (iii.b) «relaciones» (p.e.: «manceba o concubinario», § 112.1, c.p.) y (iii.c) «circunstancias» (p.e.: «si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital por lo menos durante los dos años anteriores», § 112.1, c.p). Por su parte el tipo subjetivo se llena alternativamente por el dolo o la culpa[119].

De la cita anterior, se deduce que los elementos que conforman el tipo penal, son de dos clases: elementos objetivos y elementos subjetivos. Dentro de los elementos objetivos, se encuentran los elementos descriptivos, los elementos normativos y los elementos personales constitutivos de la infracción. Mientras que dentro de los elementos subjetivos, se ubican el dolo, la culpa o la preterintención.

Sobre la importancia de la labor de análisis de los diversos elementos que conforman el tipo penal, se ha indicado:

> Se hace justo en este momento reconocer que no resulta sencilla la tarea legislativa de crear tipos penales; no es un ejercicio fácil plasmar toda la plasticidad y variabilidad de las conductas humanas en una fórmula que, en principio, debe ser tan parca y sencilla como sea posible. De esta manera, el legislador necesita recurrir a las palabras más representativas, a conceptos que posean una carga semántica fuerte, de tal manera que especifiquen de modo concreto los datos necesarios de la acción que se quiere castigar, del sujeto activo y de la persona o cosa sobre la que recae la acción penalmente conminada.
>
> Es por lo dicho que partimos de la idea de que el estudio de la descripción penal siempre hay que abordarla por partes, de modo que podamos desentrañar el valor semántico de los términos con los cuales se enuncian los elementos de la acción, sujeto, y objeto recién mencionados; ya que la pregunta

---

[119] **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto mero 64-F-99, del primero de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

> básica a resolverse será: ¿Qué quiere decir –porque de ahí sabremos qué quiere prohibir u obligar a hacer- el legislador cuando escribe [...][120].

La anterior cita jurisprudencial pone de manifiesto la importancia de conocer la forma adecuada de analizar la conformación del tipo penal. Esta labor va a permitir desentrañar la verdadera conducta que se prohíbe. Pero a su vez. Logra establecer cuál es el bien jurídico que se pretende proteger, a través de dicho tipo penal. En cuanto a la estructura y composición del tipo, también se indica en doctrina:

> La imagen conceptual que es el tipo se formula en expresiones lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida.
>
> Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se puede deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asequible al nivel cultural medio. Se debe ser parco en la utilización de elementos normativos (acreedor, insolvencia, amenidad, etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo y emplear sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo: matar, daños, lesiones, etc.; aunque realmente es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos, como el de morada en el allanamiento de morada, están necesitados de valoración para ser aplicados en la práctica[121].

3. LA ACCIÓN PROHIBIDA

En el tipo penal, se realiza la descripción de una conducta que se establece como prohibida. Pero ¿cuáles deben ser las características de la misma? Para dar respuesta a esta interrogante, se ocupa este apartado del módulo.

---

[120] El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo**,** (1991). **Óp. cit., p.** 97.
[121] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, pp. 35-36.

La acción prohibida ha sido analizada de la siguiente forma:

> En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo (matare, maltratare, mutilare, etc., que puede indicar una acción positiva o acción[122].

En el tipo penal, se describe una conducta que se sanciona con una pena, ante su desobediencia, por afectar la misma un bien jurídico considerado esencial. En esta medida, dicha descripción tiene que hacerse en forma clara y precisa, de tal forma que se conozca a ciencia cierta, en qué consiste la conducta que se está prohibiendo. Por ejemplo, en el artículo 119 del Código Penal, se tipifica:

> Será reprimida con prisión de uno a tres años, la mujer que consintiere o causare su propio aborto. Esa pena será de seis meses a dos años, si el feto no había alcanzado seis meses de vida intrauterina.

Como puede verificarse, se sancionan y, por ende, se prohíben en forma precisa, dos conductas: consentir en el aborto o causarse el aborto. En ambos casos, se entiende claramente en qué consisten las conductas que se están prohibiendo.

Sobre la acción prohibida que se describe en el tipo penal, se ha indicado:

> Cuando el legislador prohíbe una acción lo que hace es describir la conducta que a su parecer el grupo social no quiere que se realice, por considerarla en un alto valor lesivo para la convivencia organizada en ese momento histórico determinado (bien objeto de tutela jurídica); por lo tanto, para conocer la acción prohibida, lo primero que hay que considerar es el análisis de la acción descrita. Esto nos llevará a conocer la prohibición (norma antepuesta) y, por consiguiente, a identificar el bien jurídico tutelado.

---

[122] Muñoz Conde, **Ibíd**., p. 38.

> El tipo, hemos dicho trata de retratar la conducta humana en toda su plasticidad; de ahí que lo primero que debemos hacer es saber si el legislador tuvo cuidado en la escogencia de los verbos utilizados en la descripción penal.
>
> Supongamos como ejemplo, una descripción en donde se señala la siguiente conducta: El que obtenga. Notamos que la utilización de una palabra con la polisemia de obtener nos llevaría a castigar inimaginables acciones humanas. Si a la anterior frase agregamos un provecho patrimonial como objeto material real de la acción, restamos amplitud a la acción al circunscribir un tanto el enfoque de lo prohibido: ya sabemos que se prohíben las conductas que aluden al patrimonio, y no a cualquier obtener. Sin embargo de no anotar a las anteriores frases el elemento modo con perjuicio de otro, estaríamos creando un régimen de castigo al lucro. Así la conducta el que obtenga un provecho patrimonial con perjuicio de otro, se nos presenta más clara y con más univocidad que los ejemplos anteriores; pero todavía no alcanza el grado suficiente de claridad requerido. De esta manera podríamos encontrar en formas tradicionales de compra-venta sujetos beneficiados en relación directa con el perjuicio de otro, con lo que el legislador estaría prohibiendo una conducta que, de acuerdo con nuestro sistema de mercado, no le correspondería prohibir, ya que dentro de la libertad de comercio y transacciones con que juega nuestro sistema económico, el tipo de ganancias y consiguientes perjuicios, es parte del libre juego. Esta no es entonces la conducta que quiere el legislador, sino que es el provecho patrimonial obtenido con perjuicio de otro, pero bajo la circunstancialidad del engaño o error provocado por el sujeto activo. Es necesario entonces agregarle al verbo polisémico obtener, otros elementos accesorios: inducir en error, y por medio de artificios o engaños, para poder explicar lo que se quiere prohibir. Así obtenemos la actual figura del 216: El que induciendo a una persona a error, por medio de artificios o engaños obtenga para sí o para un tercero un provecho patrimonial en perjuicio de otro[123].

Se trata de establecer que la conducta prohibida debe describirse en forma clara y delimitada, que no permita la posibilidad de confusión alguna, en cuanto a cuál es el objeto de la prohibición, enunciando para ello los

---

[123] El Khoury, Henry Issa y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991), **Óp. cit.**, pp. 96-97.

elementos de la acción, el sujeto y objeto. Todos estos requerimientos, en cuanto a la forma cómo debe estar descrito el tipo penal, tienen su origen en el principio de legalidad, el cual en un apartado anterior de esta investigación se analizó. El objetivo está orientado a señalar en forma clara, cuál es la conducta que se está prohibiendo y cuál es la sanción a que se hace merecedor el ciudadano ante la comisión u omisión de la misma.

4. EL SUJETO ACTIVO

Otro elemento que se enumera entre los elementos objetivos que conforman el tipo objetivo del tipo penal, el sujeto. En este sentido, cuando se hace referencia al sujeto activo del delito, se refiere precisamente al hecho de que como el delito es obra humana, siempre tiene un autor que precisamente realiza la acción prohibida y descrita en el tipo penal[125]. Además, no puede concebirse la comisión de un delito, sin la presencia de un ser humano, al cual se le atribuya la comisión u omisión del mismo.

Se trata aquí del destinatario de la norma, conocimiento por el señalamiento que se hace en la descripción de la persona o personas, determinadas o indeterminadas en sus calidades que realizan la acción demarcada por el verbo típico.

Generalmente, la enunciación del sujeto activo se realiza por medio de partículas gramaticales que generalizan, por ejemplo, el qué o quién. Pero también suelen establecerse conductas prohibitivas para determinados sujetos o portadores de cualidades específicas. Tal descripción de dichas conductas, se realiza atendiendo a la función, cualidades biológicas o sus posiciones o profesión. Dichas cualidades biológicas, laborales, jurídicas o funcionales, son demarcadas en la descripción, la especializan (tipos cualificados, delitos propios entre otros) y se indica que la prohibición es en forma exclusiva para estos sujetos.

Interesa además establecer, si la conducta prohibida puede ser ejecutada por uno o por varios sujetos, atendiendo precisamente al señalamiento que se haga en la descripción de la norma. En este sentido, si el sujeto activo se señala de forma plural en la norma, se debe interpretar que la ejecución de la conducta prohibida, requiere de más de un sujeto activo; por ejemplo, los delitos denominados de muchedumbre, en donde se requiere la actuación de más de una persona, para que el delito se pueda verificar[126].

---

[125] Muñoz Conde, Francisco, **op. cit.,** p.37. **Véase en este sentido,** Creus, Carlos, **Óp. cit.,** p. 191.

[126] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991), **Óp. cit.**, p. 100.

Desde el punto de vista anterior, si el delito puede ser cometido por cualquiera, se está en presencia de un delito común. No obstante, existen también los delitos denominados plurisubjetivos, en donde el tipo penal exige la concurrencia de varias personas, ya sea al concurrir uniformemente para la consecución del mismo objeto, (denominados delitos de convergencia, por ejemplo, el delito de rebelión, asociación ilícita), o actuando autónomamente como partes de la misma relación delictiva (denominados delitos de encuentro, por ejemplo el delito de cohecho en donde intervienen el funcionario y la persona que lo soborna); los delitos de participación necesaria, en donde intervienen varios sujetos en la realización de la acción; pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo (el sujeto pasivo en la violación o en el estupro).

También se refiere la existencia de delitos especiales, cuando para su realización, además de ejecutar la acción típica, se requiere que la persona tenga las cualidades exigidas por la ley: por ejemplo, el delito de peculado solo puede ser cometido por el funcionario público. Una persona que no tiene tal cualidad, no puede ser autor de este delito.

Así mismo, se refiere la existencia de delitos de propia mano, para designar aquellos, en donde solo puede ser autor, aquel que se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente, por sí mismo la acción. Puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo penal, por ejemplo, acceso carnal en la violación[127].

La anterior clasificación que se ha presentado, en realidad no es taxativa, tan solo se ha hecho referencia a una clasificación de delitos, donde se requieren sujetos activos y, en algunos casos, tienen que ser portadores de características especiales. Desde el punto de vista de nuestra institución y de los intereses que representamos, esto interesa por el cuidado que debe tener la Defensa (defensores y defensoras) en algunos casos, en donde se señala a cualquier particular de la autoría de un delito, para el cual se requiere una característica especial que, en realidad, no tiene.

5. ELEMENTOS OBJETIVOS

Dentro de los elementos que conforman el tipo penal, se encuentran los denominados elementos objetivos que, como se señaló con anterioridad, están conformados por los elementos descriptivos, normativos y los personales constitutivos de la infracción. Pero principalmente se refieren en doctrina y jurisprudencia, los elementos descriptivos y normativos.

---

[127] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, p. 38.

Sobre los elementos objetivos del tipo, se ha expresado en doctrina:

> El tipo objetivo –para Welzel- es el núcleo real-material del delito y se integra por circunstancias que se manifiestan en el hecho externo. Entre estas circunstancias pueden enumerarse la acción, el resultado (entendido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), los medios y las modalidades especiales de la acción, y en algunos casos las características especiales del autor[128].

En forma más clara y amplia, también sobre los elementos objetivos, del tipo se ha indicado:

> Los elementos objetivos del tipo describen la acción, el resultado en su caso, las circunstancias externas del hecho y la persona del autor.
>
> 1. El núcleo de cada tipo es la acción, que puede venir determinada por circunstancias de la más diversa índole, como su relación con personas o cosas, su vinculación con el tiempo y el espacio, la forma y modo de su ejecución, y sus nexos con otras acciones.
> 2. El objeto de la acción es el objeto del mundo exterior sobre el que recae, o en relación con el cual se realiza, la acción del hecho. Pueden ser objetos de la acción las personas, las cosas e incluso objetos incorporales. Hay, además tipos que carecen completamente de objeto de la acción. Se trata de delitos de pura actividad, la bigamia, la falsificación del estado civil o la deserción. También el objeto de la acción se detalla con frecuencia mediante adjetivos calificativos. Ejemplos: el objeto de la acción del infanticidio es el niño recién nacido y extramatrimonial. El objeto de la acción del hurto es la cosa mueble ajena…
> 3. Al margen de la acción debe considerarse el resultado, en el sentido estricto de efecto separable espacio-temporalmente de aquella. El resultado no es componente

[128] Barbosa Castillo, Gerardo. **Teoría del Delito. Tipo Objetivo.** En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Universidad de Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Colombia, p. 211.

de la acción, pero si, con frecuencia, elemento objetivo del tipo. También el resultado puede detallarse en el tipo mediante elementos adicionales…

4. Las circunstancias externas del hecho caracterizan la situación en la que ha de realizarse la acción para ser punible…
5. El círculo de autores en los delitos especiales propios se contrae a las personas con ciertos elementos concernientes al autor, y en los impropios son castigados con mayor severidad los pertenecientes al círculo cualificado de personas. Amén de los elementos de autor que designan una circunstancia jurídica o una especial posición de deber, se toman en cuenta características naturales, como hombre y embarazada. Los elementos de carácter natural atinentes al autor pertenecen igualmente al tipo objetivo[129].

Según se ha expuesto, son varias las circunstancias que componen los elementos objetivos del tipo penal. Pero tal y como se ha referido con anterioridad, lo constituyen la descripción de una acción realizada por un sujeto activo, la exteriorización de una acción a través de una acción concreta (lo cual se describe a través de un verbo), por ejemplo, apoderarse en el delito de hurto simple, artículo 208 del Código Penal; dar muerte, en el delito de homicidio, artículo 111 del Código Penal, etc. Otro aspecto es la relación de causalidad que debe verificarse para que pueda darse la imputación.

Como puede comprobarse en la doctrina, algunos autores refieren como constitutivos de los elementos objetivos del tipo penal, los elementos descriptivos y los elementos normativos. En tanto que otros autores señalan, como parte de los elementos objetivos, la acción misma, el resultado, las circunstancias del hecho y su autor.

No obstante en un afán de establecer un panorama claro de la totalidad de los elementos objetivos que conforman el tipo penal, se sigue aquí el marco de referencia que presentan los autores Issa El Khoury, (Qd.D.g.) y Chirino Sánchez, en su obra la Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, la cual se manifiesta como la más completa de las clasificaciones hasta ahora revisadas en doctrina, en donde se enumeran

---

[129] Heinrich Jescheck, Hans, (1993), Óp. cit., pp. 247-248. **También se le ha definido así**: "El tipo objetivo es la descripción de la parte exterior del suceso. Releva la objetivación de la acción en el mundo exterior, sus circunstancias y, en la mayoría de los casos, el resultado que produce". Silvestroni, Mariano, **Óp. cit.,** p. 212.

dichos elementos de la siguiente forma: acción prohibida, el sujeto activo, los elementos accesorios del verbo, el objeto material, los elementos subjetivos y, finalmente, los elementos normativos, por lo cual se realiza un breve análisis de cada uno de ellos, con especial énfasis en los elementos descriptivos y los elementos normativos.

6. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS

Usualmente se escucha hablar de la existencia de elementos descriptivos en el tipo penal. Pero ¿qué debemos entender por ellos? En criterio de Enrique Bacigalupo, los elementos descriptivos

> Son aquellos que el autor puede conocer a través de los sentidos (vista, tacto, oído, etc.) son objetos del mundo exterior que el autor puede conocer a través de sus sentidos sin hacer una especial valoración. Tal es el caso de la cosa mueble en el delito de hurto. En la teoría se ha cuestionado, tal vez no sin razón, la autonomía de esta categoría por entenderse que la valoración tiene por lo menos tanta significación como la percepción sensorial, pues no habría dentro de los tipos penales elementos totalmente libres de una referencia a las valoraciones jurídicas[130].

Para entender la naturaleza de los elementos descriptivos del tipo penal, según lo mencionado anteriormente, debe tenerse claro que por ellos, se entiende aquellos conceptos que son tomados del lenguaje diario y que son accesibles a cualquier persona. A través de ellos se describen objetos del mundo real y, por ende, son susceptibles de una constatación física. Ejemplos de estos elementos descriptivos, son los términos: persona, edificio, local cerrado, matar, etc.

En términos muy sencillos, los elementos descriptivos del tipo penal han sido descritos por Gonzalo Quintero Olivares:

> Se llaman elementos descriptivos aquellos cuyo significado puede ser comprendido sin necesidad de recurrir a segundas valoraciones, pues las palabras que los expresan pertenecen al lenguaje normal y no pretenden ofrecer una significación diferente de aquella que se deduzca de su lectura[131].

---

[130] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Óp. cit.**, p. 34.

[131] Gonzalo Quintero Olivares, (1997). **La Tipicidad.** En Estudios de Derecho Penal General, Editorial Jurídica Bolivariana, p. 369.

En tanto que en la jurisprudencia nacional, se les ha definido de la siguiente forma:

> [...] Elementos descriptivos del tipo son aquellos para cuyo conocimiento y comprensión basta con el común saber empírico y lógico de los hombres sobre sí mismos y sobre las realidades y fenómenos del mundo exterior, sin necesidad de recurrir a normas para comprender su significado [….][132].

Queda claro que para entender el significado de los elementos descriptivos del tipo penal, no se requieren conocimientos desde el punto de vista jurídico, por cuanto con ellos se hace referencia a situaciones que son parte del lenguaje común de los hombres, por lo que son comprensibles para cualquier persona. Bajo esta situación, no precisa ahondar más en detalles sobre estos elementos del tipo penal, pues su significado o su naturaleza ha quedado plenamente establecida.

7. ELEMENTOS NORMATIVOS

Otros elementos objetivos que se ubican dentro del tipo penal, son los elementos normativos que, al contrario de los elementos descriptivos, para su comprensión se requiere un tratamiento especial, en razón de la naturaleza de los mismos. En este sentido, se ha indicado en doctrina sobre este tipo de elementos objetivos:

> […] son aquellos contenidos en una descripción típica que sólo se pueden captar mediante un acto de valoración[133].

Los elementos normativos del tipo penal -al contrario de los elementos descriptivos- si ocupan de una valoración, desde el punto de vista jurídico, a efectos de entender su verdadero significado; por ejemplo, la finalidad libidinosa que se requiere en algunos delitos relacionados con materia sexual. En este sentido, se presenta el delito de rapto impropio que sanciona al que rapte con fines libidinosos a una mujer honesta, mayor de doce y menor de quince años. Esa finalidad libidinosa requiere una valoración, desde el punto de vista jurídico para acceder a su real significado; el actuar con alevosía, término utilizado en el artículo 112 inciso 3) del Código Penal. Es también un término que requiere ser interpretado a efectos de establecer, cuál es el verdadero significado que se le debe dar dentro del contexto del tipo penal.

---

[132] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 958-2005, de las nueve horas cincuenta minutos, del diecinueve de agosto de dos mil cinco.

[133] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría el Delito**, p. 34.

Otro ejemplo, es la condición de funcionario público en el delito de peculado, que significa ser funcionario público. En este sentido, también se ha indicado con respecto a los elementos normativos del tipo en la doctrina nacional:

> En relación a los elementos normativos, el asunto es un tanto más complejo, si acudimos a la doctrina, toda vez que los criterios de señalamiento no son uniformes. Mayer, quien utiliza por primera vez el término, lo empleo para señalar los componentes de la descripción:[…] que no tienen más que importancia valorativa determinada […] es decir, no ocupan un lugar, como elementos con función sino que tienen como característica ser términos con valor, valorados. Mayer los reconoce en el tipo como aquellos que no están en relación de causalidad con el movimiento corporal, y este es el punto de su reconocimiento. […] que la cosa sustraída sea ajena, no está causado por el ladrón; la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos[134].

A continuación, con la finalidad de dar mayor claridad a las anteriores afirmaciones, se refiere un interesante fallo de la Sala Tercera donde precisamente se analiza en forma amplia, un elemento normativo de un tipo penal concreto. En el caso de marras, se discute lo que debe entenderse por material pornográfico, por lo que siguiendo el criterio de que los ejemplos que genera la práctica diaria, tienen la virtud de aclarar el panorama de lo que se ha pretendido explicar por escrito, por lo que con dicha finalidad y, para lograr una mayor comprensión con el ejemplo mencionado, se realiza la transcripción del fallo[135] de la Sala Tercera, casi en la parte que interesa. En este sentido, se indicó inicialmente sobre la naturaleza de los elementos normativos:

> Frente a esto, los elementos normativos del tipo requieren para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, el conocimiento de alguna norma (jurídica, social, ética o ético-social, etc.), a la que el elemento está remitiendo... De acuerdo con lo anterior, es claro que el hecho de que en estos casos se exija un esfuerzo interpretativo adicional al juzgador, quien deberá hacer la respectiva valoración de ese elemento normativo a fin de extraer y determinar su contenido, ello de ningún modo significa que con dicha técnica le-

---

[134] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991**), Óp. cit.**, pp.104-105.

[135] El acusado en este proceso fue representado por un abogado particular, el cual presentó el recurso de casación contra la sentencia condenatoria, ante la Sala Tercera.

gislativa se esté vulnerando el principio de legalidad (lex certa). Tal sucede, entonces, con el tipo penal de comentario, donde se incluyó el elemento normativo material pornográfico, el que necesariamente deberá ser analizado en cada caso a fin de definir cuándo es que se está en presencia de dicha hipótesis, lo que a su vez conllevará a concluir que la acción es típica y por ello relevante para el Derecho Penal. Ahora bien, esta Sala no desconoce que podrían existir muchas imágenes en las que aparezcan personas menores de edad desnudas, o exponiéndose sus órganos genitales, sin que por esa sola razón deban ser calificadas como material pornográfico. Es por ello que como una primera aproximación debe entenderse que, conforme a la redacción del artículo 173 del Código Penal ya citado (que se ubica dentro del título III, de los delitos sexuales), para que determinado material pueda recibir el calificativo de pornográfico , es necesario que en el mismo se incluyan imágenes de personas menores de edad, en relación a las cuales no pueda dejarse de lado su vinculación clara y explícita con fines sexuales, extremo que se deducirá de la imagen misma, o incluso del contexto en el que se produjo. En este sentido el autor Fernando Da Rosa, al definir el concepto de pornografía infantil, refiere lo siguiente... El Congreso de Yokohama hace referencia a la definición de pornografía del New Oxford Dictionary: material que contiene la descripción o exhibición explícitas de órganos o actividades sexuales, concebido para estimular sentimientos no tanto estéticos o emotivos como eróticos.... (Artículo que aparece en Internet, en la siguiente dirección: www.d-sur.net/fedaro/index.php?p=4). El mismo autor nos amplía su análisis, al hacer alusión a tres definiciones de pornografía infantil utilizadas en Europa, en todas las cuales siempre se advierte un denominador común, esto es, que las imágenes incluyan a menor en una actividad sexual explícita, y que lleven como fin la satisfacción sexual o erótica del usuario: … A los fines de este trabajo hemos utilizado tres definiciones de pornografía infantil. Las mismas determinan nuestro universo de trabajo, dentro de un marco aceptado por varias instituciones. La idea es integrar los límites de cada una de las definiciones, que transcribimos a continuación, a fin de no dejar fuera de este análisis ninguna de las formas aceptadas como pornografía infantil. Nos basaremos entonces para nuestro trabajo en las siguiente definiciones: 1) El Grupo de Interpol Especializado en Crímenes contra los Niños utiliza la siguiente definición: La pornografía infantil se crea como

consecuencia de la explotación o abuso de un niño. Puede definirse como toda forma de representación o promoción de la explotación sexual de los niños, incluidos los materiales escritos y de audio, que se concentren en la conducta sexual o los órganos genitales de los niños. 2) La definición de ECPAT refleja en gran medida la de Interpol: Pornografía visual: representación visual de un niño que lleva a cabo una actividad explícitamente sexual, real o simulada, o la exhibición obscena de genitales concebida parra la gratificación sexual del usuario; implica la producción, distribución y/o uso de dicho material. Pornografía de audio: El uso de cualquier dispositivo de audio que utilice la voz de un niño, real o simulada, destinada a conseguir la gratificación sexual del usuario; implica la producción, distribución y/o uso de dicho material. 3) El borrador de la Convención sobre la Delincuencia Informática del Consejo de Europa manifiesta que: pornografía infantil incluirá material pornográfico que muestre visualmente a un menor entregado a una conducta sexualmente explícita; una persona con aspecto de menor entregada a una conducta sexualmente explícita; imágenes realistas que representen a un menor entregado a una conducta sexualmente explícita. Recientemente se ha agregado, por parte de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades del Parlamento Europeo, una solicitud de enmienda a la definición de pornografía infantil, planteando que debe considerarse como pornografía infantil el material auditivo, visual o escrito que represente a niños con la intención de incitar deseos sexuales …. De acuerdo a la ponencia presentada por FERMÍN MORALES durante las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001), organizadas por la UOC y el Colegio de Abogados de Barcelona, se tiene que ... el Consejo de Europa define la pornografía infantil como cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual (Recomendación R(91) 11 e Informe del Comité Europeo de Problemas Delictivos (1993) […] Conforme a lo hasta aquí expuesto, es claro que cualquier material relativo a una persona menor de edad, donde se describan o expongan sus órganos genitales, o una actividad de naturaleza sexual, en todo lo cual se persiga un fin erótico o la satisfacción del usuario lo que a su vez implicaría una explotación sexual), deberá calificarse como pornografía. Tradicionalmente se han considerado como pornografía infantil a aquellas representaciones fotográficas o fílmicas en formatos digital o ana-

lógico, de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas, ya sea solos o interactuando con otros menores de edad o con adultos (WIKIPEDIA, La Enciclopedia Libre), siendo obvio que para ello no se requiere el fin ulterior de comercialización que cita el impugnante, pues -incluso- esta última hipótesis supondría la agravación del tipo penal básico (artículo 173, párrafo 2° del Código Penal). Con tal definición se excluye la posibilidad de penalizar las conductas que cita el recurrente y que no estarían abarcadas por el tipo penal de comentario, como serían por ejemplo (sin que se pretenda aquí agotar la lista) obras de arte, material didáctico o, incluso, fotografías familiares, en las que no se persigan esos fines de carácter sexual. Ahora bien, analizando el caso que nos ocupa resulta claro que la conducta que se le atribuye al acusado (según se describe con toda claridad y precisión en el fallo), sí configura el delito por el cual se le condenó. En este sentido se indica en la sentencia: ... el aquí imputado... sin poder determinar con exactitud la fecha, pero sí en el mes de junio del año dos mil tres, procedió, valiéndose de la relación que mantenía con la aquí ofendida SÁ., quien para esa época contaba con catorce años de edad, a producir material pornográfico, para lo cual, en algunas oportunidades en su vehículo y otras en su propia casa de habitación… le ordenaba a dicha ofendida que se desnudara completamente y que procediera a mostrarle sus senos y su vagina en múltiples poses, procediendo en ese acto a tomarle una serie de fotografías en detalle de su vagina, en sus partes internas y externas, así como fotografías de acercamiento de los senos de dicha ofendida y a cuerpo entero completamente desnudo, manteniendo en su poder esas fotografías en su casa de habitación hasta el día en que se hizo la diligencia de allanamiento .. . (cfr. folio 310, línea 34 en adelante). De acuerdo con esta relación de hechos se puede concluir sin mayor dificultad que, conforme lo estimó el Tribunal, las imágenes que produjo el acusado sí constituyen material pornográfico, pues sólo a efectos de quedar plasmada por la cámara (sin que exista otra razón que las justifique) en ellas aparece la ofendida mostrando sus senos (cfr. fotografías 5, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 19, 20, 28 a 31, 37 a 45, 63 y 64), sus glúteos (cfr. fotografías Nº 17 y 18), así como su órgano genital (cfr. fotografías números 46 a 62), todo ello en diferentes posiciones de naturaleza erótica. Incluso existen otras en ropa interior que, igualmente, denotan su connotación sexual, sin que se constate ningún yerro porque esta Sala las haya visto y apreciado,

> pues al tratarse de prueba documental no se ven comprometidos los principios acusatorios vigentes en el juicio oral. Así las cosas, la conclusión que en tal sentido se plasmó en el fallo resulta acertada. Al respecto cabe mencionar que dichas imágenes no sólo registran una explícita actividad erótica, sino además que conllevan una clara satisfacción sexual de quien las tomó (lo que a su vez implica una explotación de dicha menor), sin que pueda establecerse otra justificación para que el imputado las haya fabricado y las mantuviera en su poder. Por otra parte, se advierte que si bien en el fallo no se analizan de manera individual todas y cada una de esas fotografías, ello no ha deparado ningún agravio para la defensa. Por un lado -conforme se indicó- no se advierte que la conclusión del tribunal (en cuanto las calificó de pornografía) incorpore algún yerro, siendo que además el defensor no demuestra que dicha conclusión resulte equivocada, es decir, no logra acreditar, ni siquiera afirma, que alguna de ellas no tenga una connotación sexual. Por el contrario, su alegato se centra en tratar de establecer que dichas imágenes son el producto del amor entrañable entre el imputado y la ofendida, lo que no pasa de ser una simple apreciación subjetiva que deja de lado las especiales circunstancias en que el imputado las obtuvo (de naturaleza abiertamente sexual y contrarias a Derecho), y que por ello, de manera evidente no comparte esta Sala. Así las cosas, al no constatarse ninguna de las supuestas irregularidades que se le atribuyen al fallo de mérito, se declara sin lugar el recurso en todos sus extremos[136].

Como queda de manifiesto con la cita jurisprudencial anterior, muchas veces el análisis de la conducta acusada, obliga al Tribunal a realizar una larga y exhaustiva labor de interpretación y de valoración para verificar, cuál debe ser el alcance que se le otorga a un elemento normativo, previsto en el tipo penal y de seguido analizar por ello, si la conducta acusada se encuentra entre lo previsto por el tipo penal.

La defensa técnica también debe realizar este análisis, máxime cuando se considera que la conducta acusada, no es subsumible dentro del tipo penal señalado por la Fiscalía. Y esta interpretación deberá ser preparada para exponerla en la etapa de conclusiones en el debate oral y público, lo que obliga al defensor o defensora públicos a prepararse adecuadamente, con la fina-

[136] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 958-2005, de las nueve horas cincuenta minutos, del diecinueve de agosto de dos mil cinco.

lidad de ser convincentes, dejando clara la idea a través del discurso utilizado, que dicha interpretación no ha resultado en forma sorpresiva en el debate mismo, sino que ha sido el producto del análisis y del estudio.

En el caso antes citado, el Tribunal debió ahondar en dicha valoración a efectos de establecer, si tal y como lo señaló el recurrente, las fotos que fueron encontradas en su poder, efectivamente ponían de manifiesto la existencia de un entrañable amor entre el acusado y la menor ofendida, (argumento utilizado por la defensa ante la Sala Tercera) o, si por el contrario, las mismas debían ser consideradas como la producción de material pornográfico, lo cual está regulado como un delito en el Código Penal. En este caso en particular, la Sala arribó al criterio de que se estaba en presencia del delito de producción de material pornográfico, luego de la valoración llevada a cabo y, por ende, arribo al criterio de culpabilidad.

La valoración del elemento normativo, requiere todo un proceso de interpretación a efectos de establecer en forma clara, cuál debe ser considerado su verdadero significado. En ocasiones, tal proceso es sencillo, pero en muchos otros, es un proceso que requiere un gran esfuerzo, principalmente cuando se trata de interpretar elementos normativos que aparecen en tipos penales novedosos.

Es aquí cuando está llamada a actuar la Defensa Pública, no permitiendo que se interpreten en forma equivocada, los elementos normativos del tipo penal y, que como consecuencia de ello, se les otorguen alcances que no tiene el tipo penal, y obviamente cuando tal situación ocurra con el dictado de la sentencia condenatoria, deberán utilizarse los medios de impugnación de que dispone la normativa procesal penal para revertir la situación.

Nótese lo delicado de la tarea asignada al profesional de la Defensa Pública. Por ello se debe estar preparado, técnica y mentalmente para afrontar los retos que la práctica diaria presenta. En este sentido, el estudio y el análisis deben ser una constante en el ejercicio diario de la Defensa Pública, pues solo de esta forma, lograremos estar al día en los alcances que deben tener los distintos elementos normativos, lo que se hace aún más obligatorio, cuando se nos presentan tipos penales novedosos.

8. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Una vez que se han analizado los elementos objetivos del tipo penal, queda por analizar los elementos subjetivos para de esta forma tener una idea clara de todos los componentes del tipo penal.

Cuando se refirieron los elementos objetivos del tipo penal, se señaló que se trataban de los aspectos externos de la conducta prohibida. Ahora por el contrario, cuando nos ocupamos de los elementos subjetivos del tipo penal, se enfoca en el análisis de los aspectos internos de dicha conducta. Por ello es dable afirmar que:

> Cuando el legislador describe una conducta penalmente conminada, retrata un arquetipo más o menos abstracto de esa acción en el mundo real. Asimismo –y generalmente de manera implícita-describe la voluntad de acción, el querer que todo acto típico supone.
>
> Precisamente el tipo subjetivo alude a la intención o a la falta al debido deber de cuidado, que exigirá cualquier ordenamiento penal republicano a la hora de imputar a un sujeto una conducta penalmente típica. En este sentido, el dolo se presume en la descripción, no existe conducta, desde un punto de vista óptico, si no existe voluntad operante; en su caso, la culpa siempre es narrada por el legislador, de manera explícita[137].

Cuando se señala el tipo subjetivo, se alude al origen interno de dicha conducta. Lo que interesa es establecer bajo qué circunstancia, la misma se ha generado. Si la misma ha sido realizada con una intencionalidad definida o si, por el contrario, la misma es el resultado de una actuación que falta al deber de cuidado que la sociedad moderna impone en cada una de las tareas que ejecutemos. O si por el contrario, la misma obedece a lo que se denomina una conducta preterintencional[138].

> El tipo subjetivo es la descripción subjetiva de la conducta penalmente relevante; es la descripción del conocimiento y la voluntad de la acción que interesan para individualizar dicha conducta[139].

Dentro de los elementos subjetivos del tipo penal, se ubican el dolo, la culpa y la preterintención, por lo que en breve, se procederá al análisis de cada uno de estos elementos, para destacar sus características esenciales.

---

[137] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991), **Óp. cit.**, p. 107.

[138] A pesar de que el artículo **30 del Código Penal establece**: No hay pena sin culpa: "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención". En la práctica diaria, ni a nivel doctrinario se le da la importancia que tiene la preterintención, como una tercera forma de culpabilidad.

[139] Ver Silvestroni, **Óp. cit.,**, p. 218.

9. ELEMENTOS ACCESORIOS DEL VERBO

La descripción de este elemento no es usual en la doctrina. No obstante, interesa tener claridad sobre el mismo, para ello se indica en la doctrina nacional:

> Los elementos accesorios del verbo son aquellos términos de la descripción que funcionan como encausadores de la acción demarcándola y dirigiéndola de tal manera que evidencie la prohibición que motiva la descripción. Se utilizan para delimitar la acción señalada por un verbo, pero además para los casos en que el legislador quiere agravar la acción prohibida o atenuarla, ejemplo, por medio de veneno insidiosamente suministrado, del artículo 112 inciso cuarto, que señala un medio para realizar la acción compuesto a su vez por un modo de emplearlo, que hará más gravosa la sanción para aquel que a tal descripción se adecué, con relación a la acción simple de quitar la vida a otro, tipificado en el artículo 111 del Código Penal. Nótese que en estos casos el legislador se aprovecha de lo que se denomina el delito base, al cual le agrega otras circunstancias para agravar o atenuar la pena[140].

Los elementos accesorios del verbo considerados como parte de los elementos objetivos del tipo penal, tienen una función importante, en virtud de que permiten realizar la distinción entre tipos básicos, considerados como aquel tipo penal, en donde se describen la conducta prohibida de forma general y los tipos colaterales, que son aquellos que surgen del tipo penal básico, al cual se le realizan especificaciones o especializaciones.

En este sentido, el artículo 208 del Código Penal, presenta el tipo penal básico en relación con los delitos de hurto agravado, hurto atenuado y hurto de uso. Además, los artículos 209, 210 y 211 respectivamente del Código Penal, vienen a ser los tipos penales colaterales, y se señala que tienen por finalidad especificar, particularizar o resaltar aspectos de la acción, no contemplados en el tipo penal básico.

> Se indica además sobre los elementos accesorios del verbo:
>
> De esta manera, los tipos claros, precisos y delimitados de los que hemos venido hablando, no lo serán sólo en el señalamiento de la acción, sino también en el de los medios,

[140] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, p.100.

> modos y demás circunstancias de esa acción, así como el señalamiento de la intención especial, cuando sea necesario evidenciarla, para efectos de constituir la conducta o demarcar cualificantes de un tipo básico [...] En síntesis podemos recalcar que la habilidad del legislador, entonces, en relación con la descripción de conductas que se quieren someter a sanción penal, radica en el hecho de saber seleccionar muy bien no sólo los verbos o formas verbales que va a utilizar para describir la acción, sino también los términos que va a utilizar para describir tanto los sujetos como los elementos accesorios del verbo (conformadores del núcleo); los normativos y los subjetivos[141].

Como queda de manifiesto, la función de estos elementos accesorios del verbo, se manifiesta de múltiples formas, por lo que se requiere que el defensor y defensora públicos, logren su plena identificación, aunque debe señalarse que en forma exclusiva, casi no se les menciona en la doctrina.

SECCIÓN III:
EL TIPO PENAL DOLOSO

Parece que el término dolo a estas alturas de nuestra sociedad, es un concepto que se maneja en el lenguaje popular, como sinónimo de realizar una conducta intencionadamente o en forma intencional, es decir buscando un fin específico. Pues algo hay de cierto en el sentir popular, pero es claro que se hace necesario profundizar en tal concepto, pero dando un concepto meramente jurídico y no quedarse con el criterio popular, con la finalidad de conocer su real significado. En este sentido, se le ha definido así:

> El dolo es, según una fórmula usual, conocimiento de las circunstancias o elementos de hecho del tipo penal y voluntad de realizarlos. Suele abreviarse esta fórmula diciendo que dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal[142].

Nótese que se conceptualiza el dolo, haciendo referencia a dos circunstancias concretas: por una parte se menciona que se deben conocer los elementos del tipo penal y, como contrapartida de ello, se debe tener la vo-

---

[141] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, pp. pp. 100-101.

[142] Castillo González, Francisco. (1999). **El Dolo, su estructura y sus manifestaciones.** Editorial Juritexto S.A., San José, p. 17.

luntad para realizarlos. Así se aluden en dicha definición a un elemento cognoscitivo y otro volitivo, en donde ambos son importantes, por cuanto no se puede querer la realización del hecho enunciado en el tipo penal, si no se conoce el mismo.

Además, se ha señalado:

> […] el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo […] constituye el querer el resultado típico. Con esto se está aludiendo a que el dolo significa una voluntad realizadora del tipo objetivo. De esta manera, el dolo supone conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce. En este sentido, si el dolo es el querer el resultado típico, el conocimiento del dolo es un conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este conocimiento no puede ser potencial, es decir, una posibilidad de conocimiento; el conocimiento que requiere el dolo es un conocimiento efectivo. Dentro de este aspecto, el conocimiento del dolo puede ser actual o actualizable, esto último significa que si bien no se tiene el conocimiento focalizado, si se conoce y se lo puede actualizar de inmediato[143].

En iguales términos, se ha indicado:

> Dentro de la estructura del delito, el dolo se constituye en una subestructura compuesta de dos elementos: cognición y volición. En esta primera división están totalmente de acuerdo los seguidores de las diferentes teorías, pero centran sus diferencias en el contenido propio del elemento cognoscitivo.[144]

Efectivamente, se ha dado una gran discusión en doctrina sobre el elemento cognoscitivo del dolo; pero más que todo, en cuanto a su ubicación dentro de la teoría del delito, lo cual supone una importancia suprema, en razón de que los efectos que se derivan de su ubicación, son trascendentales, ya sea si se le ubica en la tipicidad o. si por el contrario, se le ubica en la culpabilidad. Sobre la ubicación del dolo dentro de los elementos que conforman la teoría del delito, se señala:

---

[143] El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991)**,** p. 108.
[144] Dall"Annese Ruíz, Francisco, **Óp. cit.**, p. 17.

> El acuerdo doctrinario llega hasta aquí. Hay coincidencia en la definición y en los elementos del dolo, pero no en lo referente al contenido de cada uno de los elementos. Tampoco hay acuerdo en lo referente a si el dolo es un elemento del tipo (subjetivo), o si por el contrario debe preguntarse por el sólo al llegar el análisis de culpabilidad, o, finalmente sobre si se trata de un elemento que tiene la doble función de configurar lo ilícito (como tipo subjetivo) y la culpabilidad (como forma de esta)[145].

¿Por qué motivo es tan debatida la ubicación que se le otorgue al dolo? Bueno, precisamente, porque dependiendo de la ubicación que se le dé, tal ubicación va a tener incidencia directa o no en la responsabilidad, no solo en la de naturaleza penal, sino también en la responsabilidad civil. Precisamente atendiendo esta situación tan delicada, se ha referido:

> Por ello, una toma de posición con respecto a la situación del dolo en la estructura del delito no puede ser caprichosa o axiomática, sino que debe ser el resultado del análisis y de la búsqueda de sentido de los fenómenos jurídicos. Esto es, que la inclusión del dolo en el tipo o en la culpabilidad, no podría obedecer al dicho de un tal autor por respetable que sea, sino al espíritu mismo del ordenamiento jurídico penal[146].

La importancia de esta discusión ha llegado hasta el máximo órgano de la casación penal en nuestro país, la Sala Tercera, quien ha señalado:

> En primer lugar, la existencia del artículo 30 define una relación que resulta lógica en la sistemática del Código entre el hecho tipificado en la Ley y el dolo, culpa o preterintención que forman parte del aspecto de intención (subjetivo) que es necesario para la realización de lo descrito en el tipo penal. Resulta fundamental para el análisis judicial de cualquier conducta encuadrable en un tipo penal que se estudie el aspecto volitivo y cognitivo de la intención del sujeto activo, esto por cuanto el artículo 30 del Código Penal establece una relación inescindible entre el hecho tipificado (denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención). Tal aspecto queda también

---

[145] Bacigalupo Zapater, Enrique. (1994). **Principios de Derecho Penal: Parte General.** 3ª Edición, Akal-Iure, Madrid, p. 103.

[146] Dall"Annese Ruíz, Francisco, **Óp. cit.,** p. 13.

reafirmado con la existencia del artículo 31 del Código Penal, el cual, al definir el significado legal del dolo, indica que el mismo es una voluntad realizadora del hecho tipificado, esto es, que el dolo no se entiende aparte del hecho tipificado, sino que está dentro de ese hecho, tanto para efectos de descripción (labor legislativa) como para los efectos del análisis típico (labor judicial). De esta manera, es que se comprende cuál fue la actitud que tuvo el legislador penal costarricense al diseñar la estructura de la intención en el Código. Es evidente que quiso definir el dolo como una voluntad pero una voluntad que supone conocimiento, pues no se puede tener voluntad de lo que no se conoce. En este sentido, y siempre dentro de la estructura legal de la conducta dolosa, tenemos que si el dolo es el querer la realización del hecho típico (tipo objetivo), el conocimiento del dolo es un conocimiento de los elementos del tipo objetivo (elementos del hecho tipificado en la nomenclatura utilizada por el legislador). Este conocimiento no puede ser potencial, es decir, una posibilidad de conocimiento; el conocimiento que requiere el dolo es un conocimiento efectivo, aún de la probabilidad de que el resultado se produzca y no se evite el mismo (artículo 31 en relación al artículo 18 del Código Penal… Esta toma de posición del legislador costarricense tiene una implicación importante en la solución de problemas relacionados con el conocimiento que requiere el dolo. En este sentido, y de acuerdo con una lectura exacta y apegada al texto legislativo, no se podría observar en el dolo el conocimiento de la antijuridicidad, aspecto que se trataría en el juicio de reproche (estrato de análisis posterior al análisis del injusto). Esa fue la verdadera voluntad legislativa, tal y como se desprende de una lectura atenta de los artículos 30, 31, 34 y 35 del Código Penal (en este sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, ver: ISSA EL-KHOURY JACOB (Henry) y otro, Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal, San José, Costa Rica, 1991, pp. 84-87, en especial resulta de interés el planteamiento sobre el dolo como manifestación de una voluntad realizadora del tipo, pp. 107-110; DALL'ANESE RUIZ (Francisco), El Dolo, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, pp. 17-21)[147].

[147] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 446-F-92, de las quince horas cuarenta minutos, del veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Es clara la argumentación de la Sala Tercera, al señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, el dolo se ubica en la tipicidad, en tanto se afirma que siendo el dolo el querer la realización del hecho típico (tipo objetivo), el conocimiento del dolo es un conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Por lo tanto, no puede ubicarse fuera de la tipicidad, y menos aún, como algunos han establecido, el dolo debe ser ubicado en la culpabilidad que es precisamente el tercer estadio de la teoría del delito, en donde se realiza el análisis de la reprochabilidad de la conducta.

Ya se reseñó la situación del dolo y su ubicación en la tipicidad. No obstante, en doctrina esta situación ha generado innumerables cuestionamientos al respecto, véase una consecuencia de tal situación:

> A partir del planteamiento de Frank sobre la culpabilidad, por un lado, y de la teoría de Welzel sobre la voluntad de la acción, el dolo -como lo entendemos lo enfocamos en este trabajo-pertenece a la acción típica. Esta toma de posición tiene una implicación importante y transforma la solución sobre el conocimiento que requiere el dolo: si el dolo está en la acción típica, será un dolo avalorado, en el sentido de que está desprovisto de todo reproche, puesto que se está observando el conocimiento solo de los elementos del tipo y no de todo el injusto. En este sentido no se podría observar en el dolo el conocimiento de la antijuricidad, aspecto que se trataría en el juicio de reproche. Al contrario, si partimos de que el dolo y la culpa están en la culpabilidad, estaremos hablando de un dolo desvalorado (con valor negativo) al ser un dolo culpable... La ubicación del dolo dentro de la teoría del delito no ha sido resuelta unívocamente en doctrina: Tradicionalmente se sostuvo la tesis de que el dolo era parte de la culpabilidad. Esta teoría, llamada psicológica de la culpabilidad, pretende que la culpabilidad es solo una relación psicológica entre autor y resultado. El dolo ubicado en la culpabilidad tiene un valor - o un desvalor- pues solo puede ser dolo culpable. A partir de Welzel el dolo se ubica en la acción típica. Así las cosas se trata de un valor sin valor de reproche, un dolo avalorado[148].

La anterior cita pone de manifiesto la verdadera trascendencia que tiene la ubicación que, en forma definitiva, se le dé al dolo. Si se le ubica en la tipicidad, tenemos la existencia de un dolo natural, precisamente por estar

---

[148] Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, (1991), **Óp. cit.**, pp. 108-109.

conformado por el conocimiento del hecho y la voluntad, en cuanto a su ejecución, pero no posee la conciencia de antijuricidad. Este tercer elemento va a estar presente, si ubicamos el dolo en la culpabilidad y, por ello, hablamos entonces de un dolo malo, donde si concurren los tres elementos: conocimiento del hecho, la voluntad, pero también la conciencia de la ilicitud, se refiere aquí la existencia de un dolus malus o dolo malo[149].

Si se considera que el dolo se encuentra ubicado en la culpabilidad, se tendría que llegar hasta este estadio de la teoría del delito, para verificar no solo la responsabilidad penal de la persona acusada, sino que incluso la responsabilidad civil. En este aspecto, debe tenerse claro que ubicando el dolo en la tipicidad, basta que la conducta sea típica y antijurídica para efectos de tener por establecida con el injusto, la responsabilidad civil, lo cual no se podría, de este modo, considerar que el dolo forma parte de la culpabilidad.

Para el presente módulo de este texto de Teoría del Delito, se parte del criterio de que el dolo se ubica en el tipo; y está conformado por los elementos subjetivos: conocimiento del hecho, voluntad y la conciencia de antijuricidad, es un elemento integrante de la culpabilidad que es precisamente el estadio de la teoría del delito, en donde se realiza el análisis de la reprochabilidad de la conducta cometida.

Se toma esta posición por considerarse que tal y como se encuentra redactado el artículo 31 del Código Penal, no puede concluirse de otra forma y, además, porque la jurisprudencia de la Sala Tercera, ha ahondado en el análisis de esta temática y ha llegado a tal criterio; pero además por cuanto la doctrina moderna, así lo considera.

En la jurisprudencia nacional, también después de un intenso proceso de interpretación, se ha llegado a concluir en la ubicación del dolo en la tipicidad, para ello se ha indicado:

> Esta Sala, a la luz de las reglas previstas en la parte general del Código Penal, parte de la idea básica de que el dolo integra el tipo subjetivo de la descripción de la conducta prohibida por una norma, es decir, que cuando el legislador señala, como en la hipótesis que nos interesa, que Será reprimido con prisión [...], el que hiciere uso de un documento falso o adulterado para describir el delito de Uso de Documento Falso, implícitamente está señalando la intención de usar el documento de esas características, pues el dolo genérico, que

[149] **Véase en este sentido**: Dall'Annese Ruíz, Francisco, **Óp. cit**., p. 18.

> es el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos de la acción (conocer y querer el resultado típico), no solo se puede extraer sino que además siempre se encuentra en las descripciones típicas, a diferencia de la culpa […] Por todas estas razones la aplicación del artículo 363 no contraviene las garantías previstas en la Constitución Política en favor del imputado, especialmente el principio de legalidad invocado por el impugnante. Por otra parte, el hecho de que el delito de Uso de Documento Falso se ubique dentro del Título de Delitos Contra la Fe Pública no excluye per se la posibilidad de que esa infracción afecte a la propia Administración de Justicia, pues el bien jurídico tutelado en este delito no se reduce simplemente a la buena fe en los negocios y actos jurídicos extraprocesales, como lo alega la defensa del encartado, sino que comprende también la autenticidad, legitimidad y fidelidad que deben revestir los documentos que ofrecen las partes como prueba dentro de un proceso cualquiera, particularmente el judicial. Tampoco se ha recurrido en la sentencia impugnada al recurso de la interpretación analógica de la ley penal para sancionar la actuación del imputado, pues su conducta está prevista y sancionada expresamente en el artículo 363 en comentario, que es el que aplicó el Tribunal sentenciador;… Si el imputado, al contestar una demanda laboral incoada en su contra ante los tribunales, ofreció como prueba de descargo un documento de arreglo laboral a sabiendas de que era falso, su conducta configuró el delito de Uso de documento falso[150].

La regla de que parte el Código Penal, es que los tipos penales tipifican conductas dolosas, por lo que cuando la conducta que se reprime es de naturaleza culposa, en forma expresa, así se señala. Por ejemplo, el artículo 128 del Código Penal que tipifica el delito de lesiones culposas establece: "Se impondrá prisión de hasta un año, o hasta cien días multa, al que por culpa causare a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125 […]". En igual sentido, el artículo 117 que tipifica el delito de homicidio culposo: "Se impondrá prisión de seis meses a ocho años al que por culpa matare a otro", etc.

Este preámbulo sirve para afirmar que cada vez que se acuse un delito doloso, necesariamente tiene que demostrarse la concurrencia de estos dos elementos que conforman el dolo: por una parte el elemento cognoscitivo y

---

[150] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 713-93, de las diez horas cincuenta minutos, del diecisiete de diciembre, de mil novecientos noventa y tres.

por otra, el elemento volitivo, ya que cuando no se ubique alguno de los dos elementos, la conducta deviene en atípica.

1. ELEMENTO COGNOSCITIVO DEL DOLO

También debe acreditarse la existencia del elemento cognoscitivo, como elemento integrante del dolo, para el dictado de una sentencia condenatoria. Recordemos que por este se entiende:

> El conocimiento de los hechos, requerido por el dolo, exige un conocimiento actual de las circunstancias descritas por el tipo penal existentes al tiempo de la acción y una representación actual, en su caso, tanto del curso causal como del resultado.
>
> El conocimiento de los hechos, no es, en todo caso, un conocimiento meramente teórico, sin que pueda requerir una valoración así sucede en los supuestos de tipos que determinan su sustrato fáctico mediante el recurso a elementos normativos. En estos casos, el autor, para reconocer que realiza el hecho típico, habrá de efectuar una valoración paralela a la contenida en la ley[151].

Dicho en pocas palabras, el elemento cognoscitivo o elemento intelectual del dolo, como también se le conoce en doctrina, implica el conocimiento efectivo por parte del autor, de los diversos elementos que conforman el tipo objetivo. Esto implica que para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace, y debe conocer los elementos que caracterizan su acción como típica. Es decir, debe saber, por ejemplo, en el homicidio, que mata a otra persona; en el hurto, que se apodera de un objeto mueble ajeno, etc. Este conocimiento debe ser un conocimiento actual, en la medida que no basta un conocimiento meramente potencial, es decir, que el sujeto debe saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

Revisemos un caso concreto para verificar cómo opera el análisis de este elemento en la práctica diaria, desde la óptica de nuestra jurisprudencia:

> El examen del fallo impugnado permite establecer que lleva razón la defensora pública, por cuanto el tribunal no da razones para indicar que el imputado sabía de la falsedad del título involucrado en esta causa, y se limita únicamente a decir que el carácter espurio del documento era obvio (v. fl.

---

[151] Ver Cobo del Rosal y Vives Antón, **Óp. cit.,** p. 462.

> 95 vt., ll. 25-28). La cognición de los hechos como elemento integrante del dolo, debe ser acreditada en juicio y motivarse en el fallo condenatorio, de lo contrario no tiene validez. Ciertamente hay casos en que la notoriedad de una situación permite concluir, conforme a la sana crítica, que la falsedad de un documento era conocida por quien alega error, desconocimiento o falsa representación del hecho; pero no es el caso que nos ocupa, pues no se descartó la versión que en su defensa adujo el imputado. En consecuencia debe acogerse el primer motivo del recurso, anularse la sentencia impugnada y el debate que la produjo y ordenar el juicio de remisión[152].

En el caso anterior, conocer el carácter falso del documento que se empleaba, constituía una circunstancia que debía demostrarse y el Tribunal de Juicio no podía presuponer tal conocimiento, en virtud de lo espurio de la falsificación misma, prescindiendo de toda prueba que lo demostrara. De no acreditarse dicho conocimiento, como sucedió en este caso en particular, simplemente se debió absolver al imputado, lo que no ocurrió y, por el contrario, se dictó sentencia condenatoria, fundamentándose para ello, tal y como se señaló anteriormente, en la naturaleza espuria de la falsificación, lo que sin duda alguna, fue un razonamiento totalmente equivocado de parte del Tribunal de Juicio.

Y es que la ausencia de este conocimiento, como elemento que compone el dolo, tiene a su vez, efectos en el otro elemento subjetivo que conforma el dolo, el elemento volitivo. Debe tenerse presente que ese segundo elemento, implica que se tiene la voluntad para realizar los elementos del tipo objetivo y alcanzar la finalidad prevista en el tipo penal. Sin embargo, si no se tiene conocimiento del elemento cognoscitivo del tipo, tampoco se puede tener la voluntad para alcanzar la realización de los elementos objetivos del tipo penal, si no se conocen los mismos. En ese sentido, es claro que no se puede querer lo que se es desconocido.

2. EL ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO

Este elemento se ha explicado de la siguiente forma:

> Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo

[152] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 38-94, de las nueve horas con cinco minutos, del veintiocho de enero, de mil novecientos noventa y cuatro.

> o con los móviles del sujeto. Cuando el atracador mata al cajero para apoderarse el dinero, probablemente no desea su muerte, incluso preferiría no hacerlo, pero a pesar de ello quiere producir la muerte en la medida que no tiene otro camino para apoderarse del dinero. Igualmente, son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los móviles del autor. En el ejemplo anterior, los móviles pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc.: el atraco no deja de ser doloso. Los móviles solo en casos excepcionales tienen significación típica [...] y por lo general sólo inciden en la determinación de la pena como circunstancias atenuantes o agravantes[153].

Con respecto a la ausencia del elemento volitivo, sucede igual que ante la ausencia del elemento cognoscitivo, pues la ausencia de este segundo elemento, produce la existencia de una conducta atípica y, en este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, para lo cual ha señalado:

> Precisamente el juzgador de mérito ha fundamentado su fallo en la ausencia de dolo, consecuentemente no hay en la especie tipo subjetivo y tampoco acción típica, de donde la absolución está debidamente fundamentada. En concreto la sentencia señala: «[...]no encuentra este Juzgador por ningún lado el animus injuriandi, ni espíritu de maledicencia por parte de los suscribientes de la nota. Lo que si se observa, es una queja grave de parte de ellos, donde demuestran su inconformidad y preocupación por el rumbo y manejo que se le da a los materiales de construcción que donara la Municipalidad de Carrillo, para el proyecto pro parque de la Libertad de Sardinal de donde son vecinos, y a lo cual tienen derecho; y no es que se trate de un abuso de su derecho, sino por el contrario se trata de un ejercicio de una facultad que cualquier ciudadano responsable que quiere a su comunidad puede hacer, los aquí imputados lo que le solicitan a la Municipalidad es que realice una investigación profunda, pues se trata de recursos públicos que ante sus propios ojos, no se están empleando en el proyecto para el cual fueron destinados. También hay que dejar por sentado que las características

---

[153] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, p. 44. **Véase al respecto sobre este tema**: Castro Ospina, Sandra Jeannette. **Tipo Subjetivo.** En **Lecciones de Derecho Penal. Parte General.** Universidad de Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Colombia, p. 231.

> sobresalientes de los delitos acusados Injurias, Calumnias y Difamación, la voluntad del sujeto activo de ofender, de causar un grave daño al honor y a la reputación del ofendido, debiendo ser necesario para que se configuran estos delitos que se acredite esa voluntad de ofender. En el subjúdice no se observa por ningún lado esa voluntad de ofender. Entiende este Juzgador que determinadas expresiones pueden ser o no injuriosas según la manera en que fueron empleadas, el alcance que se pretendió otorgarles, el efecto buscado e inclusive el lugar en que se producen. Una solicitud para que se investigue el mal manejo de bienes o recursos públicos que a la vista no se están empleando en el proyecto para el que fueron destinados, es en verdad justificable y penalmente atípica...» (fls. 156 fte. y 157 fte.). Obsérvese que el juzgador, al referir la subestructura del dolo (cognición y volición) señala la ausencia de la voluntad de ofender -de querer y aceptar que se ofende en su honor o decoro al querellante-, con lo que se descarta la tipicidad subjetiva y con ella la acción típica acusada. En criterio de esta cámara, se reitera, el fallo se encuentra fundamentado y no hay motivo para decretar su nulidad con base en las razones apuntadas por el impugnante. Tampoco hay base para acoger la acusada contradictoriedad de la fundamentación, es claro que en el folio 185, en todo momento se afirma la atipicidad del hecho bajo la figura de calumnia, y lo que hace el recurrente es extraer dos fragmentos que, descontextualizados -como los pone- no tienen mayor sentido, pero sintácticamente estudiados en el fallo, guardan coherencia y solidez como para sustentar el íter lógico del juzgador de mérito[154].

En la anterior resolución, el Tribunal de Casación Penal arriba al criterio de que no existió por parte de los acusados, la concurrencia del elemento volitivo del delito que, para el caso concreto, este elemento subjetivo consistía en el animus de injuriar, el cual se debía establecer para tener por acreditado el hecho acusado. Se afirma en la resolución que tal elemento subjetivo no se dio, en la medida que no existió de parte de los denunciantes, el ánimo de ofender, (ánimus injuriandi) sino que su única finalidad, fue denunciar lo que consideraban constituía una anomalía, con el deseo de que se investigara.

---

[154] **Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 255-99, del dos de julio, de mil novecientos noventa y nueve.

Es innegable la enorme importancia que representa la existencia de ambos elementos para la configuración del tipo penal que se investiga, pues ante la ausencia de cualquiera de ellos, la conducta devendrá en atípica. Por ello, la labor del defensor(a) público(a) en atención a estos requisitos de la conducta acusada, es elemental, pero para ello debe tener claridad total, atendiendo el delito doloso de que se trata, y la plena identificación de cuáles son esos elementos subjetivos: el cognoscitivo y el volitivo. Obviamente, dichos elementos, aunque siempre van a ser cognoscitivo uno y volitivo el otro, deben identificarse, dependiendo de cada delito doloso, pues en este sentido, son muy diferentes estos elementos en un delito de falsificación a los de un delito de homicidio, por ejemplo.

3. CLASES DE DOLO Y LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

El dolo se puede manifestar de diversas maneras, de acuerdo con la intensidad del elemento cognitivo o volitivo. Por este motivo, se habla de la existencia de varias clases de dolo, situación que ha sido explicada de la siguiente forma:

> Según que sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual. Ambas categorías suponen una simplificación y una reducción de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto en relación con los elementos objetivos del tipo. Entre la intención coincidente en todo con el resultado prohibido y el simple querer eventual de ese resultado hay matices y gradaciones, no siempre perfectamente nítidos. Conscientes de estas limitaciones se puede admitir la distinción tradicional entre dolo directo y dolo eventual[155].

En igual sentido, se ha indicado:

> El dolo se clasifica dependiendo del grado con que se tiene los elementos de conocimiento y voluntad. De esta forma se distingue entre el dolo directo y dolo eventual. En el primer caso el autor quiere realizar específicamente el resultado o la acción típica. El segundo dolo -eventual- el sujeto se representa el resultado como probable y, aunque no es su expreso

[155] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, pp. 44-45.

> deseo del producirlo, continua actuando, admitiendo y asumiendo su eventual verificación[156].

En doctrina principalmente se refieren dos clases de dolo: dolo directo y dolo eventual; aunque también se mencionan muchas otras clasificaciones que tienen sus orígenes en múltiples circunstancias. En este sentido, se habla de dolo directo de primer y segundo grado, dolo de consecuencias necesarias. Además, se refiere también la existencia de un tipo de dolo al que se denomina de intención, etc. A este último, hace referencia el doctor Francisco Castillo[157].

El dolo está previsto en el Código Penal nacional de la siguiente forma:

> *Significado del dolo*: Artículo 32: Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.

Esta forma según prevé el dolo en nuestra legislación, como se señaló con anterioridad, ha dado origen a varias interpretaciones, primero en cuanto a su ubicación, dentro de la teoría del delito; pero también, con respecto a establecer cuántas clases de dolo se regulan en dicha norma. Esta situación desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, no está muy clara. En este sentido, el Dr. Francisco Castillo, señala:

> El Código Penal, en su Parte General, distingue entre dolo directo y dolo eventual (art. 31 y 48 Cód. pen.). Sigue por tanto, un sistema bipartito, sistema que confirma la Exposición de Motivos.
>
> Sin embargo, encontramos en los tipos penales de la Parte Especial que el carácter doloso de un hecho puede manifestarse de tres formas:
>
> (1) En la mayoría de tipos penales, el legislador exige únicamente, para imputar el hecho, doloso, que el autor actúe dolosamente. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del homicidio simple (art. 111 Cód. pen.), del homicidio en

---

[156] González Castro, José Arnoldo; Campos Zúñiga, Mayra; Vargas Rojas, Omar. (1999). **Teoría del Delito a la Luz de la Jurisprudencia.** Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica, p. 74.

[157] En mi criterio, el más grande representante del derecho penal en nuestro país, en las últimas décadas, no solo por su preparación académica, sino también por su basta e importante producción doctrinal, con gran profundidad en las diversas temáticas que trata.

estado de emoción violenta (art. 113 inc. 1 Cód. pen.), de las lesiones (art. 123, 124, 125 Cód. pen.), etc. En estos tipos penales, el agente puede actuar con dolo directo, en el sentido de que él dirige su voluntad de manera inmediata, sobre el resultado que se representa como cierto. Puede ocurrir que el resultado típico, por ejemplo, la muerte en el art. 111 Cód. Pen., sea el objetivo final del comportamiento del autor. Por último puede ocurrir que el agente se represente como posible el resultado, que no lo quiera, pero que lo acepta si se produce. En este último caso, el agente actúa con dolo eventual.

(2) En determinados tipos penales, el Legislador requiere para la imputación del hecho doloso un determinado conocimiento. Esto ocurre, por ejemplo, en la calumnia (art. 147Cód. pen...atribuir falsamente) en la denuncia calumniosa y en la calumnia real (art. 317 Cód. pen. ... a una persona que sabe inocente...), en la simulación de delito (art. 318 Cód. pen.), en la autocalumnia (art. 319 Cód. pen.), etc. En tales casos, el conocimiento de determinada situación es el núcleo central del dolo y no es posible imputar un hecho doloso, si el autor ha actuado solamente con dolo eventual

(3) Por último existen determinados tipos penales en los cuales la imputación dolosa requiere una voluntad dirigida a un fin; es decir, una intención específica.

Así por ejemplo, la instigación requiere que el instigado intencionalmente determinó a otro a cometer el hecho punible (art. 465 Cód. pen.), el homicidio llamado preterintencional (art, 113 inciso 2ª Cód. pen) requiere que el agente tenga la intención de lesionar y cause la muerte...En todos estos casos podemos afirmar que solo puede existir responsabilidad dolosa si el agente actúa con la intención que las otras formas de dolo. –El conocimiento o dolo directo de segundo grado y el eventual-, están excluidas, cuando el Legislador requiere esa intención para el tipo penal o para un elemento determinado del tipo objetivo[158].

[158] Castillo González, Francisco, **Óp. cit.** pp. 270-271.

En resumen, refiere el Dr. Castillo que, a pesar de lo que señala el artículo 31, ubicado en la Parte General del Código Penal, en donde se regula la existencia de dos tipos de dolo: el dolo directo y el dolo eventual, en la parte especial el carácter doloso de un hecho se manifiesta bajo tres formas posibles: mediante una actuación dolosa; bajo la existencia de un determinado conocimiento y cuando se da la actuación con una intención específica.

Siguiendo el mismo hilo conductor, indica el Dr. Castillo que la posición seguida por la jurisprudencia de la Sala Tercera, ha sido parca en la toma de posiciones sobre las formas del dolo o sobre las características de esas formas, y ha traído a colación dos antiguas sentencias, la número 186 de 14:30 hrs. del 24 de septiembre de 1985 y la resolución de las 8: 24 hrs., del 16 de junio de 1986. Por lo tanto, señala que de acuerdo con dicho Tribunal (y esas dos sentencias), existe dolo directo y dolo indirecto, el cual se divide, a su vez, en dolo indirecto cierto y en dolo indirecto eventual. El dolo directo señala, reseñando dichas sentencias:

> Existe en [...] quien quiere un resultado y actúa conforme a ese querer. El dolo indirecto eventual existe [...] se produce cuando no se quiere el resultado, pero se acepta como posible. Mientras que el dolo indirecto cierto ocurre [...] cuando tampoco se quiere el resultado pero se acepta como seguro [...][159].

Sin embargo se manifiesta en contra de este criterio, dando las razones para ello[160]. Las críticas que fundamenta, en primera instancia en que los artículos 31 y 48 del Código Penal, no se refieren a la existencia de un dolo eventual en donde se acepte como seguro, el resultado, por lo cual el criterio de un dolo indirecto cierto, no compagina con el concepto legal de dolo eventual. Mientras que esas sentencias tampoco toman en consideración dentro del dolo directo, los casos donde existe un querer dirigido a un fin determinado, lo cual la hace inaplicable a los tipos penales de la parte especial.

Finalmente señala que otras sentencias, refieren un dolo específico en el sentido de una intención dirigida a una finalidad, requerido por algunos tipos de la Parte Especial del Código Penal, para lo cual cita la sentencia de casación de las 15:40 Hs., del 15 de octubre de 1985, en donde se analizó la intención que requiere el homicidio criminis causa y para ello se indicó:

---

[159] Ibíd., pp. 272-273.
[160] Ibíd., p. 273.

> [...] La Sala de acuerdo a lo que se tiene por demostrado, considera que resulta claro que imputado mató al ofendido para facilitar la comisión del robo que se había propuesto; no cabe duda que el dolo específico que requiera esa figura delictiva aparece claramente configurado en el caso que nos ocupa. Este dolo específico se contrapone al dolo general o genérico, que consiste en una actuación dolosa, que no es suficiente para configurar el dolo que se indica bajo el concepto de dolo específico[161].

Luego de estas críticas el Dr. Castillo, afirma que:

> Lo anterior nos lleva a concluir que nuestra jurisprudencia reconoce tres tipos de dolo: la intención, a la que llama dolo específico, necesaria para que pueda configurarse el dolo en ciertos delitos; el dolo directo y el dolo eventual[162].

Soy del criterio que el análisis de tres sentencias que fueron dictadas hace más de 20 años, no es suficiente para llegar a concluir en la forma como lo plantea el Dr. Castillo González, en el sentido de que la Sala Tercera maneja el criterio de la existencia de tres tipos de dolo: dolo de intención, dolo directo y dolo eventual. Además, no se demuestra a través de un trabajo de investigación de campo, que los criterios vertidos en esas sentencias, hayan sido una constante a través de estos años, en la jurisprudencia de dicho órgano de casación penal. Por lo tanto y con todo respeto, me parece un desacierto el criterio del Dr. Castillo, en cuanto a que la jurisprudencia nacional reconoce tres tipos de dolo. Pero a pesar de la afirmación inicial que realiza el distinguido jurista, luego señala, en forma no tan contundente:

> Creemos que la jurisprudencia reconoce tres formas de dolo por una necesidad práctica. No podrían explicarse las formas de imputación dolosa que utiliza nuestro Legislador en Parte Especial sin contar con las tres formas de dolo, que son intención, conocimiento y dolo eventual. Solamente puede conciliarse la Parte Especial con la Parte General del dolo, si el dolo directo, del artículo 31 del Cód. pen., es entendido como un concepto general que incluye dos subespecies: la intención, llamada también dolo directo de primer grado, y el conocimiento, llamado por algunos dolo directo de segundo grado[163].

---

[161] Ibíd., p. 274.
[162] Ídem.
[163] Ibíd., p. 275.

No comparto la anterior conclusión del Dr. Castillo González, por varias razones:

Primero: Desde mi óptica, el artículo 31 del Código Penal regula solamente dos tipos de dolo: directo y eventual. Para ello recordemos lo que señala dicho numeral: "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola, a lo menos como posible".

Segundo: Dicha norma hace referencia al elemento volitivo del dolo (se presupone el elemento cognoscitivo, ya que, teniendo en cuenta que no se puede querer algo que se desconoce, así, por ejemplo, no puedo querer dar muerte a una persona, desconociendo que lo hago, artículo 111 del Código Penal.

Tercero: La circunstancia que en la parte especial, algunos delitos requieran una intención específica, en nada obliga a crear una tercera forma de dolo, diversa a las previstas en el artículo 31 del Código Penal. Por cuanto si de lo que se trata es aclarar en el tipo penal que se requiere una intención específica para la comisión de determinadas figuras delictivas, tal situación se encuentra ya prevista y cobijada por el dolo directo, dispuesto en la norma general. Tal argumentación se encuentra acorde con el principio de legalidad, pues aplicamos aquella regla que señala en cuanto a que la norma general incluye la específica.

Cuarto: En todo caso, la norma de la parte especial que requiere una intención específica, representa una garantía para la persona acusada, en la medida en que al no demostrarse la misma, se debe absolver a la persona acusada. Por ejemplo, el delito de rapto propio, previsto en el artículo 163 del Código Penal, el cual requiere para su ejecución, haberse realizado con fines libidinosos.

No encuentro cuál es la necesidad de hacer conciliar -como señala el Dr. Castillo González- la parte especial (delitos que requieren una finalidad específica) con la parte general del dolo. No se debe conciliar, lo que está conciliado. No es oportuno por ello, señalar que el dolo directo previsto en el artículo 31 del Código Penal, incluye dos subespecies: la intención, también llamada dolo directo de primer grado, y el conocimiento denominado por algunos, dolo directo de segundo grado.

Quinto: La intención no puede tener la calidad de tercer forma del dolo, cuando la misma definición del dolo ya contempla tal acepción. En este sentido, el propio Dr. Castillo González, en la misma obra de comentario, especifica el concepto de dolo, y lo define señalando:

> El dolo es, según una fórmula usual, conocimiento de las circunstancias o elementos de hecho del tipo penal y voluntad de realizarlos. Suele abreviarse esta fórmula diciendo que dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo penal[164].

Sexto: El propio Dr. Castillo, de acuerdo con la intención como tercera clase del dolo, señala:

> A diferencia de las otras formas de dolo, y en especial del dolo eventual, la intención, no ha encontrado mayor desarrollo en la teoría sobre la Parte General del Código. La doctrina ha partido del hecho de que su estudio debe quedar reservado a la Parte Especial del Código Penal, en el momento de estudiar en particular el delito cuyo elemento subjetivo tiene como fin o aspiración del comportamiento la realización de una circunstancia, en especial, el resultado, del tipo penal especial[165].

Ante el comentario del Dr. Castillo González, cabe preguntarse: ¿cuál será la causa por la cual esta tercera forma de dolo, no ha sido analizada por la doctrina, al referirse a la parte general del Código? La respuesta a esta interrogante se ha generado a lo largo de las anteriores líneas, cuando se revisó el punto.

No cabe la menor duda de que si existen el conocimiento y voluntad, existe, por ende, la finalidad de concretar la conducta descrita como prohibida en el tipo penal. La voluntad implica siempre una finalidad. Creer lo contrario, sería como pretender creer que cuando un sujeto mata a otro, utilizando para ello un arma que disparó en la cabeza de su adversario varias veces, en realidad lo que pretendía era asustarlo. Si la pretensión era tan solo asustarlo, hubiera ejecutado otra conducta, por ejemplo, accionar el arma hacia el aire, etc. En este sentido, la voluntad lleva implícita siempre una finalidad, salvo los delitos preterintencionales, en donde entran en juego otras circunstancias que ahora no es oportuno referir.

Por las razones antes señaladas, soy del criterio de que el artículo 31 del Código Penal, regula dos clases de dolo[166]: directo y eventual, por lo que

---

[164] Ibíd., p. 17.

[165] Ibíd., p. 278.

[166] **En sentido contrario**, puede revisarse la disertación que realiza el Dr. Castillo al respecto en las páginas 265 a la 278 en su obra, tantas veces señalada, y sobre la cual se han reseñado los aspectos esenciales, pues de lo que se trata, no es de convencer a nadie, sino de exponer el criterio que se considera correcto.

de inmediato, se procede a realizar una revisión de estas dos formas de dolo que, como se indicó, no son las únicas que refiere la doctrina, pero sí son las más importantes.

3.1. DOLO DIRECTO

Este tipo de dolo se explica en términos muy sencillos, para ello se refiere que

> En primer lugar puede decirse que el autor ha querido o tenido la voluntad de realizar el tipo cuando esta realización era directamente perseguida por su voluntad y era la meta de su voluntad. Por ejemplo: el autor quiere la muerte de B y lo mata. Cuando la realización del tipo es la meta del autor estamos en presencia del dolo directo[167].

El dolo directo es la forma del dolo en donde el autor quiere el resultado como meta de su acción, y tiene seguridad de que el resultado que se pretende se producirá como consecuencia de su acto. Por ejemplo, persigo como meta, darle muerte a mi adversario y tengo plena conciencia de que la misma se generará, cuando le dispare en su cabeza. Es quizás de las formas de presentación del dolo, la menos controversial, precisamente por la forma simple y sencilla de presentarse. Ha sido definida también de la siguiente forma:

> En cuanto a las características del elemento volitivo, el dolo puede presentar distintas intensidades, que representan distintas formas de manifestación. En el ápice de intensidad, tenemos el dolo directo, que es aquel en el cual el autor quiere la típica violación del mandato y hacia ella endereza su conducta (quiere el resultado o la actividad con la que consuma el delito), quiere matar, defraudar, apoderarse de la cosa ajena, etc.[168].

Para que quede claro el concepto, el dolo directo es aquel que se presenta cuando la realización del tipo ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente. Ejemplo, se quiere hurtar un objeto y se hace; se quiere matar a su adversario y se hace. En este sentido, la situación se presenta en forma muy clara en cuanto a su análisis, en razón de lo cual, se prosigue con el análisis de la otra forma de dolo, el dolo denominado eventual, sobre el cual la interpretación que se ha realizado en la dogmática penal, no ha sido tan pacífica, como con el dolo directo.

---

[167] Bacigalupo, **Óp. cit.**, p. 48.
[168] Ver Creus, **Óp. cit.,** p. 241.

3.2. DOLO EVENTUAL

La jurisprudencia nacional ha definido el dolo eventual de la siguiente forma:

> La doctrina penal reconoce la figura del dolo eventual, como una clase de dolo en el que los elementos volitivo y cognitivo que le son propios a la figura, se encuentran disminuidos, aunque no ausentes... en el dolo eventual el autor realiza la conducta pese a reconocer como posible que con ella se produzca o realice el tipo penal, y si bien no lo desea, actúa a sabiendas de esa posibilidad y ello significa que acepta o cuenta con que ello suceda [...] En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero 'cuenta con él, admite su producción', 'acepta el riesgo', etc.[169].

La definición que realiza la Sala Tercera sobre el dolo eventual, es sumamente clara y se puede resumir, señalando que existirá dolo eventual, cuando el autor se represente el resultado como probable y acepte su producción.

Por su parte, el autor español, Quintero Olivares, lo define de esta manera:

> Se trata de los casos en que se constata una conciencia de la posibilidad de un resultado como probable, pese a lo cual ha actuado consintiendo o siéndole indiferente la producción de tal resultado[170].

Este autor refiere que, en el dolo eventual, se constata una conciencia de posibilidad de un resultado que implica la representación en cuanto a la posibilidad del resultado que opera en el agente, previo a realizar la acción delictiva, ya que a pesar de tener dicha representación, la acepta como probable y actúa. Obviamente bajo estas circunstancias, es responsable de dicho resultado, en la medida que a pesar de habérselo representado, lo acepta y el mismo efectivamente se produce (siempre que se den los requisitos en la culpabilidad para que se pueda generar el reproche).

---

[169] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1334-97 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos, del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

[170] Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín; Prats Canut, José Miguel, (2002). **Manual de Derecho Penal.** Edición 3ª; Editorial Aranzadi, España, p. 342.

Para mayor claridad de este tema, se cita el amplio análisis efectuado por la Sala Tercera en una resolución, en donde además de establecer, desde el punto de vista técnico, el significado del dolo eventual, además, refiere el marco fáctico sobre el cual se dicta dicha resolución, con lo cual se logra una mayor comprensión del tema:

> El tipo penal de homicidio simple (artículo 111 del Código Penal) es una conducta dolosa que puede ser cometida, como lo establece el artículo 31 ibídem, tanto por dolo directo como por dolo eventual cuando el sujeto al menos preveé como posible el resultado y lo acepta. Se trata de una hipótesis donde un sujeto programa la causalidad para obtener la finalidad y se representa posibles resultados concomitantes de su conducta; ante esa representación si el sujeto actúa admitiendo las posibilidades que sobrevengan esos resultados, ya se dan los requisitos necesarios para que se verifique un dolo eventual. Por supuesto, que para el análisis del dolo directo o eventual el juez debe ubicar los aspectos de conocimiento y de voluntad que se manifestaron en la acción para poder cuadrar el tipo subjetivo de la conducta. Esto mismo es lo que hace el Tribunal, cuando luego de desechar la falta al deber de cuidado, plantea lo siguiente en relación a los elementos del dolo: [...] nos encontramos en presencia de una conducta dolosa, enmarcable dentro del llamado dolo eventual, donde la posibilidad del resultado se acepta y la acción es compatible o reflejo de la intención de querer causar un daño [...],quien dispara un arma de tanto alcance y poder ofensivo, a la parte trasera de un vehículo ocupado por varias personas en su cabina, no podría nunca justificar que su intención fuera la de simplemente lesionar y, como consecuencia no buscada, se lograra el lamentable resultado que nos mantiene ocupados... (de línea 15 del folio 284 vuelto a línea 4 del folio 285 frente). Los juzgadores establecieron que el sujeto debió haberse representado que accionar un arma de tanto poder como la que tenía en ese momento y utilizarla para disparar contra un vehículo en movimiento en un lugar habitado debía preveer, a lo menos como posible, que pudiera producirse un homicidio como de hecho ocurrió, el agente demostró un amplio desprecio por el resultado que podría producirse, como el mismo Tribunal lo indicó, cuando hizo dos disparos sobre el vehículo para aparentemente lograr que se detuviera. Indudablemente que el medio empleado para lograr el fin querido implicaba un conocimiento de circunstancias concomitantes

> que derivaban inexorablemente a la posible realización de un hecho típico tan lamentable como el sucedido[171].

Este primer señalamiento que realiza la Sala Tercera en esta resolución, en cuanto a la aplicación correcta por parte del Tribunal de Instancia, de la figura del dolo eventual, se generó ante el recurso de casación por la forma presentada por la defensa técnica (La Procuraduría General de la República), en el cual la recurrente alegó la existencia de vicios atinentes a la fundamentación de la sentencia, entre ellos falta de fundamentación y fundamentación contradictoria.

También es importante verificar que la Sala analiza los elementos que rodean la figura del dolo eventual y luego procede a efectuar el estudio de las circunstancias fácticas que rodearon el caso concreto, para arribar al criterio de que fue aplicada adecuadamente tal forma de dolo. Además, precisamente el análisis de dicha figura fue abundante, ya que los motivos de casación por la forma, realizados por la defensa del imputado (un guardia civil representado por la Procuraduría General de la República), estuvieron dirigidos a demostrar que en forma equivocada, el Tribunal llegó a concluir en la existencia de dolo eventual por parte del acusado. Estos alegatos se reiteraron en el recurso por motivos de fondo, señalando la aplicación errónea del tipo de homicidio simple y la violación por falta de aplicación del tipo de homicidio culposo.

En cada una de dichas propuestas, la recurrente pretendió desacreditar la existencia del dolo eventual en el caso concreto, para de esa forma, solicitar que se revocara la acción civil resarcitoria que fue declarada con lugar, no solo en contra del imputado, sino que, en forma solidaria, en contra del Estado.

Ya propiamente en la resolución antes referida, la Sala Tercera, aun fue más categórica, cuando analiza y rechaza los alegatos, en cuanto a la aplicación de la ley sustantiva. Para ello señala por qué en el caso concreto, operaba la aplicación de la figura del dolo eventual, tal y como lo estableció el Tribunal de Instancia, para lo cual indicó:

> Los juzgadores, en completa concordancia con los hechos tenidos por probados demuestran que, desde el punto de vista del elemento conativo (volitivo) del dolo, el acusado actúo con una representación de la realización del hecho punible como posible. Es cierto que el dolo eventual no se mantiene

[171] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 596-F- 92, de las nueve horas diez minutos, del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

> simplemente con esta representación de la posibilidad sino que ésta se determine como probable (siguiendo la tesis definitoria seguida por el a quo que es plenamente compatible con el artículo 31 del Código Penal). En otras palabras, el autor debe representarse que el resultado tiene un alto grado de posibilidades de verificarse y aún así actúa con plena indiferencia acerca de si el resultado se produce o no. El Tribunal tiene por probado que el autor montó en cierta cólera, que tomó la calle cayéndose en el camino, ...lo que lo hizo cargar el arma con que realizaba su trabajo, un arma de fuego tipo fusil ametralladora, marca Colt, modelo M-16, calibre 5:56 milímetros...y cuando el vehículo se alejaba como a una distancia de unos cien metros aproximadamente, le disparó dos veces... (Folio 282 vuelto, líneas 17 a 21). La intención del autor es clara en el sentido de disparar sobre el vehículo; por el medio utilizado y su alto poder ofensivo debió representarse a nivel del conocimiento del dolo la alta probabilidad de que se produjera el resultado lesivo para el bien jurídico, cosa que ocurre. En la doctrina se ha postulado una excepción para esta regla, cuando el sujeto, aunque sea temerariamente, actúa y a pesar de la representación de la probabilidad piensa que de todos modos el resultado no se producirá, sin embargo, éste no es el caso porque cuando el acusado levantó el arma y percutió dos veces, dada la distancia y el tipo de arma utilizada lo probable era que impactara el vehículo y que el tipo de bala utilizada, con alto poder de penetración, pudiera causar lesión al bien jurídico en este caso la vida o la integridad corporal de los ocupantes. Con esto se quiere sostener que no sólo se tomó en cuenta para tener configurado el dolo eventual la probabilidad de la realización del tipo, sino que también el acusado tomó en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico, contó con ella y se conformó con ella[172].

La Sala Tercera refiere dos elementos fundamentales para tener por configurada, la actuación del imputado, bajo la figura del tipo de homicidio simple con dolo eventual, en el caso en estudio, la alta posibilidad del resultado, lo que encuentra asidero precisamente en la utilización de un arma con alto grado de penetración, pues se trataba de una ametralladora, aspectos que eran conocidos por el imputado. Además, debido a la distancia desde la cual accionó el arma en contra del vehículo, donde sabía que viajaban cuatro

---

[172] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 596-F- 92, de las nueve horas, diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

personas y, precisamente, por el grado de alcance de dicha arma, existía un altísimo grado de posibilidad de lesionar o dar muerte a alguna de las personas que viajaban en el interior de dicho vehículo. Bajo estas circunstancias, la Sala Tercera logra poner de manifiesto la concurrencia de los elementos del tipo doloso; pero bajo los requerimientos del dolo eventual que, como se dijo, el agente se representa el resultado de su acción y, a pesar de ello, actúa, por lo que acepta el resultado[173].

A nivel doctrinal, también se ha señalado con respecto al dolo eventual:

> El dolo eventual significa que el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo porque aquí ni se persigue el resultado ni tampoco es visto como algo seguro, sino que es abandonado al curso de los acontecimientos aún a conciencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido; no obstante, por lo general la Ley trata del mismo modo al dolo directo y al eventual […] Al dolo eventual pertenece, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de otro, que el autor se toma en serio dicho peligro. Esto último significa que el autor estima que el riesgo de realización del tipo es relativamente alto. El sujeto debe, por tanto, haber reconocido la entidad y cercanía del peligro (elemento cognitivo o intelectivo del dolo). A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse el hecho de que el autor se conforma con la realización del tipo (a menudo caracterizado como elemento volitivo del dolo). Como ello quiere decirse que el autor se decide a añadir al alcance del objetivo de la acción por él perseguido, la realización (incierta) del tipo. Quien ante el peligro de realización del tipo actúa de este modo, demuestra un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido a causa de que el dolo eventual en su contenido de culpabilidad puede ser equiparado a la intención y al dolo directo[174].

---

[173] **Resulta importante revisar con respecto al tema del dolo eventual, el Voto número 1334-97, de la Sala Tercera**, de las diez horas con cuarenta minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete, en donde se analiza la situación de un sujeto que luego de participar en un riña, se presenta al frente de la casa de las ofendidas y procede a realizar varios disparos, y uno de los disparos traspasa la puerta y lesiona a una de las ofendidas que se encuentra en el interior de dicha vivienda.

[174] Jeschek Hans- Heinrich. Weigend, Thomas, (1993). **Óp. cit.,** p. 269.

Como se extrae del texto transcrito, en el dolo eventual, el resultado solo se contempla como de posible realización, por cuanto el agente se representa el mismo, como altamente probable. A pesar de dicha representación, decide actuar y, por ello, admite la posibilidad del resultado que se representó. Lo anterior encuentra asidero en lo que establece el artículo 31 del Código Penal nacional, cuando señala que obra con dolo tanto, el que quiere la realización del hecho tipificado, como quien la acepta, previéndola al menos como posible[175].

3.3. ERROR DE TIPO

En el desarrollo anterior, en cuanto a los elementos configurativos del tipo doloso, se hizo énfasis en la necesidad de la concurrencia del elemento cognoscitivo para la configuración de una conducta delictiva. Ahora bien, no siempre se da ese conocimiento en el agente que actúa, situación que merece una especial revisión para determinar cuáles son las consecuencias de esta situación en particular.

Debe tenerse claro que la actuación corresponde a lo previsto en la conducta prohibida en el tipo penal, pero el autor de la misma desconoce que su actuar se subsume dentro del tipo penal; es decir, no tiene conciencia de ello. El mismo ha sido definido así:

> El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo. Así, quien cree que esta disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de cacería; quién se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia que se trata de su propio abrigo; quien cree que yace con una mujer de diecisiete años, que en realidad tiene catorce; quien cree que aplica un ungüento cicatrizante y está aplicando un ácido corrosivo que causa una lesión.
>
> En todos estos casos el error ha recaído sobre uno de los requerimientos del tipo objetivo; en el primero, el sujeto ignora que causa la muerte de un hombre, en el segundo que la cosa es ajena, en el tercero que la mujer tiene menos de quince años, en el cuarto que emplea un medio que causará una herida. Esto determina, que, en el primer caso realice una

[175] Código Penal de Costa Rica. Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17a Edición, San José

> conducta final de cazar un oso (pero no una conducta final de homicidio), que en el segundo realice una conducta final de llevarse su abrigo (pero no una de hurto de abrigo), que en el tercero su finalidad sea tener acceso carnal (pero no estupro), y que en el cuarto la conducta final sea de curar (pero no de lesionar)[176].

El anterior criterio de lo que significa el error de tipo, queda claramente establecido, con los ejemplos que expone Zaffaroni. En todos ellos se da un común denominador, que es precisamente el desconocimiento del elemento cognoscitivo del tipo penal, pues se da una falsa o errónea representación de la realidad. En este caso no es que no se ajuste o encuadre, cada una de dichas conductas a lo previsto en el tipo penal. Por el contrario, sí se ajustan, es decir, cada una de estas conductas encuadran en el delito de hurto, de homicidio, de lesiones, etc. Pero lo que sucede, es que no existe la conciencia en los agentes de que con la conducta desplegada, se está cumpliendo con los elementos del tipo objetivo, es decir, con lo que se describe en el tipo penal. En este sentido, se afirma:

> De todo lo dicho anteriormente, se puede fácilmente colegir que el error de tipo es un fenómeno que determina la ausencia de dolo, cuando habiendo tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo.
>
> En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica. Lo anterior por que si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando no puede existir ese querer[177].

El autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto, cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos, excluye el dolo y todo lo demás, por lo que se estaría en presencia de una conducta atípica, con lo cual no se cumple con un requisito indispensable dentro de la teoría del delito. Así, el análisis de dicha conducta no pasaría de la tipicidad. Ese error debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento).

---

[176] Ver Zaffaroni, **Óp. cit.**, p. 436.
[177] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, **Óp. cit.,** p. 110.

No obstante, si el error surge con respecto a cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo; por ejemplo, sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, carece de relevancia para efectos de tipicidad, por cuanto dichos errores deben ser revisados en otros estadios de la teoría del delito[178].

Se debe, a su vez, analizar si el error producido es vencible, pues de serlo deja pendiente el análisis de la existencia de un tipo culposo, si es que dicha conducta, se encuentra regulada en tal forma.

Para una mejor comprensión de este tema, revisemos lo que ha señalado la jurisprudencia nacional:

> De todo lo dicho anteriormente, se puede fácilmente colegir que el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo dice el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción [...] En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica. Lo anterior, porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando no puede existir ese querer. Los efectos del error de tipo dependen de si éste es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El error invencible además de la tipicidad dolosa elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error vencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (artículo 34 del Código Penal). En el caso que está en examen, en relación con la orden, lo que se observa es que en realidad los acusados supusieron (erróneamente y de manera invencible) que tenían una prórroga para obedecer la orden emanada por el Tribunal Superior Civil de Puntarenas, prórroga o plazo que en realidad no tenían, por cuanto el juicio ordinario, tal y como estaba previsto el juicio interdictal en el antiguo Código de Procedimientos Civiles, no interrumpe la ejecución de una orden de derribo. En re-

[178] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit.**, p. 48.

> lación con este punto, ya se analizará más adelante el contenido de valor de la orden con respecto al antiguo Código de Procedimientos Civiles y al actual Código Procesal Civil que lo derogó, así como los efectos que este error (invencible) tiene sobre la tipicidad dolosa consignada por el artículo 305 donde se encuadró la conducta de los acusados[179].

En esta primera transcripción, la Sala Tercera entra a debatir los diversos aspectos que rodean el error de tipo y que ya antes se habían mencionado, señalando que cuando opera un error de esta naturaleza, el agente no tiene conocimiento de que con su conducta, está cumpliendo con los elementos del tipo objetivo. Sin embargo, sucede que ignora que está cumpliendo con tales requisitos. En el fondo, lo que se trata es que tiene una errónea o falsa representación de la realidad. Para este caso, veamos lo que Sala ha señalado en la misma resolución. Pero cuando llevó a cabo el análisis de las circunstancias fácticas que rodearon el caso en estudio, para ello estableció:

> El error de tipo que se produjo en la especie: Sin embargo, resulta evidente que en el Voto No. 300-C-91 (folios 70 a 74 frente) del Tribunal Superior de Puntarenas se giró una orden de derribo que debía obedecerse por las razones indicadas en el mismo fallo, no siendo atendible ninguna suspensión de esa orden, ya que el Ordenamiento Jurídico (el vigente en esa época y el posterior Código Procesal Civil) no contempla, expresamente, esa posibilidad. Los acusados actuaron creyendo en un plazo de cumplimiento que su propio abogado (conocedor de la Legislación Civil y Procesal Civil) creyó que existía. De ahí que lo que se produce en la especie sea claramente que los acusados supusieron, falsamente por supuesto, que contaban con un plazo para cumplir la orden, plazo dentro del cual se tramitaría el juicio ordinario donde se discutiría el fondo del asunto, y dentro del cual no se les podría obligar a ejecutar la orden del Tribunal. Por esta misma razón, el error recae sobre las circunstancias que hacen que el delito exista según su descripción, en efecto, obsérvese que el tipo penal del 305 exige un dolo de desobediencia de una orden impartida por un funcionario. Este dolo requiere una voluntad de desobedecer conociendo que la orden es de inmediato cumplimiento (como ya lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala y quedó consignado en el análisis corres-

[179] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 446-F-92, de las quince horas con cuarenta minutos, del veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

pondiente de este fallo) y, además, conociendo que la orden emana de funcionario público competente (en el ejercicio de sus funciones). Como se puede ver, el error de tipo en el que incurrieron los acusados lo fue sobre el inmediato cumplimiento de la orden, creyendo falsamente que tenían un plazo para cumplir, cuando éste en realidad no existía. Por existir este error sobre una de las circunstancias que debían conocerse a nivel del dolo (tipo subjetivo) resulta que se cumplen los requisitos que se han analizado para que se dé un error de tipo. Ahora bien, cabe destacar que esta Sala considera que el error es de carácter invencible, ya que los acusados cumplieron con todo el deber de cuidado que les era exigible, esto es que tomaran consejo de un profesional en derecho que les indicara sobre los pasos a seguir en relación con las consecuencias jurídicas de la orden emanada del Tribunal Superior de Puntarenas. Siendo así no se les puede exigir que superaran un falso conocimiento o ignorancia que el mismo profesional en derecho estaba propiciando al creer, de modo erróneo, que el ordenamiento jurídico establece una posibilidad de suspensión de la orden que en realidad no existe. En consecuencia, se dan los presupuestos necesarios para la existencia de un error de tipo invencible (artículo 34 del Código Penal), y el juzgador a quo dejó de aplicar, en este caso lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal, por lo que procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por el fondo. Se casa la sentencia impugnada y en aplicación del derecho sustantivo, se declara atípica la conducta de V. L. M. y de J. B. S. siendo así se absuelve de toda pena y responsabilidad a los acusados por el delito de desobediencia que se les venía atribuyendo en perjuicio de la Autoridad Pública. No obstante lo expuesto, y como corolario de las valoraciones hechas sobre la orden emanada por la autoridad judicial, se mantiene la obligación de cumplir con el derribo de la obra dispuesto por el Tribunal Superior de Puntarenas, en el Voto No. 300-C-91, que declara con lugar el interdicto, advirtiéndole a aquéllos que de no hacerlo por su cuenta, otros podrán efectuarlo con el costo a su cargo y demás exigencias que en la vía correspondiente podrían imponérseles[180].

---

[180] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 446-F-92, de las quince horas con cuarenta minutos, del veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y dos. **Sobre error de tipo se pueden revisar además los siguientes votos**:

SECCIÓN IV:
EL TIPO PENAL OMISIVO

1. CONCEPTO

Interesa ahora analizar, en forma breve, las principales características del tipo penal omisivo, ya que sobre este tipo de delitos, se ha indicado:

> El derecho penal, en cambio, ha de afrontar la actitud pasiva u omisiva como un problema en el que para intervenir con el instrumento represivo es preciso, antes, reconsiderar el sentido de las normas penales, asumiendo que no sólo prohíben hacer sino que también mandan hacer en determinadas ocasiones[181].

En nuestra legislación, el tipo penal de omisión se encuentra regulado en el artículo 18 del Código Penal, para lo cual se señala:

> Artículo 18: El hecho punible puede ser realizado por acción u omisión.
>
> Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo.

La anterior regulación pone de manifiesto que, en nuestra legislación, se reconoce y regula en forma expresa, el tipo penal omisivo, contrario a lo que sucede en otras legislaciones, ya que si no existe una norma penal con tales características, la sanción de delitos de esta naturaleza, podría afectar el principio de legalidad y, con ello, podría ser incluso inconstitucional.

Al contrario de lo que acontece en nuestra legislación, en donde existe esta norma de carácter general que permite sancionar y castigar el delito omisivo, en otras legislaciones no existe tal norma. No obstante, se sanciona este tipo de delito. Así en doctrina se ha indicado sobre la legislación Argentina:

- **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 123-F-95, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y cinco.
- **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 166-F, de las catorce horas con treinta minutos del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres.

[181] Quintero Olivares, Gonzalo, Morales Prats, Fermín; Prats Canut, José Miguel. (2002). **Manual de Derecho Penal.** Edición 3a; Editorial Aranzadi, España, pp. 372-373.

> En relación con la omisión impropia se presenta la más grave violación de la garantía de la legalidad: Ocurre especialmente en Códigos como los de Argentina que no prevén una formula general que regule la omisión, el problema se presenta porque casi todos los tipos penales describen acciones y no se refieren a las omisiones, razón por la cual en relación a ciertos delitos de resultado (en general respecto de los más graves), se pretende cubrir la laguna de punibilidad mediante construcciones teóricas destinadas a explicar por qué el no evitar el resultado típico, equivale a causarlo bajo determinadas circunstancias (denomino a esta posición teoría de la equiparación). Entonces, frente al tipo que dice el que matare a otro (79, CP Argentino) se dice que no sólo es típica a acción causante del resultado sino también la omisión de evitarlo por parte de quien tenía la obligación de hacerlo[182].

Para entender adecuadamente el tipo omisivo, debe tenerse claro en primer lugar que, por lo general, el legislador tipifica conductas cuya naturaleza es la descripción de acciones. Por ello se indica que dentro de este marco, se construyeron los conceptos de dolo y culpa, de causalidad e imputación, de acción y finalidad, etc. Por lo que tales conceptos han tenido que ser transportados al ámbito del delito omisivo, en donde al faltar el actuar exterior, se dificulta la prueba objetiva de la voluntariedad o el dolo, y así surgieron complejos problemas que han sido tratados en la dogmática penal, muchos de los cuales aún hoy son debatidos y no encuentran consenso.

¿Qué se debe entender por tipo omisivo? La doctrina lo ha reseñado de la siguiente forma:

> Los tipos penales son la consecuencia de normas, es decir, de órdenes del legislador dirigidas a los ciudadanos de un Estado. Las normas se expresan en prohibiciones; está prohibido matar. Esta prohibido hurtar etc., o en mandatos: debes prestar ayuda a un necesitado! etc., debes contribuir a la alimentación de tus hijos, etc. Cuando las normas se expresan a través de prohibiciones dan lugar a un tipo penal prohibitivo, es decir un tipo que se realiza mediante un comportamiento activo (comisión); cuando se expresan en mandatos de (acción) dan lugar a un tipo penal imperativo, es decir, tipos cuya realización importa no hacer lo ordenado en la norma[183].

---

[182] Ver Silvestroni, **Óp. cit.,** pp. 234-235.
[183] Bacigalupo Zapater, **Óp. cit.**, p.138.

El delito omisivo se caracteriza por la existencia del incumplimiento de un mandato de acción; por ejemplo, el incumplimiento de dar auxilio a la persona que lo necesita, en virtud de las circunstancias en donde se encuentra.

Enrique Bacigalupo analiza, en forma muy clara, los requisitos que deben concurrir a efectos de afirmar la existencia de un delito de omisión. Para ello indica que se trata de delitos tipificados expresamente en el Código Penal y que se agotan en el incumplimiento del mandato de acción, y refiere varios elementos para ello. Señala además que la tipicidad de una omisión, depende de que se haya dado una situación en donde se genere el deber de actuar, que el obligado a actuar no haya cumplido con esta obligación, y que haya tenido capacidad para hacerlo[184].

Luego señala Enrique Bacigalupo, en forma concreta, cada uno de los requisitos que deben concurrir para estar frente a un delito de omisión. Refiere, en primera instancia, la situación generadora del deber de obrar. Esta situación típica está descrita en la ley como presupuesto del deber de actuar y, es por ello, el primer elemento del tipo de los delitos de omisión.

Como segundo requisito, Bacigalupo indica la no realización de la acción mandada, es decir, la verificación de que la acción mandada y generadora del deber, haya sido incumplida. Precisamente de ahí surge el carácter o la naturaleza de delito de omisión. Lo anterior se verifica comparando la acción realizada por el obligado con la acción que le era impuesta en la situación generadora del deber. Si ambas no coinciden, se habrá cumplido con el segundo elemento de la tipicidad de los delitos propios de omisión. Y como tercer elemento, refiere el poder de hecho para realizar la acción mandada. Por ello se indica que la tipicidad de la omisión, depende de que el omitente haya tenido la capacidad para realizar la acción mandada, lo que presupone el conocimiento de la situación generadora del deber y el conocimiento de los medios para llevar a cabo la acción, así como del conocimiento del fin de la acción[185].

En resumen, de acuerdo con lo anterior, el delito de omisión requiere una situación generadora del actuar; el incumplimiento de dicha acción y la capacidad para realizar la acción mandada. En el análisis de todo delito de omisión, el operador de la teoría del delito, incluyendo la defensora y el defensor públicos, deben proceder a efectuar un minucioso análisis de estos requisitos, ya que puede acontecer que aun cuando la persona tenga pleno conocimiento de la acción mandada, no estuviera en capacidad física, por ejemplo, para cumplir con ella.

---

[184] Ibíd., pp. 142-143.

[185] Ibíd., pp. 143-144, San José. ***Véase en igual sentido:*** Heinrich Jescheck, Óp. cit., pp. 550 y siguientes; Silvestroni, **Óp. cit.,** p. 375.

Esta categoría o tipo de delitos se explica en mejor forma, mediante la utilización de un ejemplo. Para ello utilizamos la conducta tipificada en el artículo 185 del Código Penal, en el cual se indica:

> Artículo 185: Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley Nº 7337, del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omita prestar los medios indispensables de subsistencia a que esta obligado […][186].

Se sanciona en este tipo penal, la negativa a cumplir con los deberes alimentarios, por lo que se trata de una norma preceptiva que impone el deber de prestar los alimentos y, obviamente, se sanciona a todo aquel que inobserve la obligación que le impone la norma. En este caso concreto, lo que sanciona es la omisión que, como tal, puede producir severos daños en la salud de la persona que se ve perjudicada con dicha omisión, la cual está relacionada con la no prestación de los medios de subsistencia a que está obligada.

Lo que debe quedar claramente establecido, es que no todas las normas o mejor dicho, no todos los tipos penales se agotan en el ejercicio activo de una finalidad, sino también en la omisión de conductas debidas, ya sea en la no realización de conductas señaladas. Para ello se indica:

> De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar la acción; sino existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión: el paralítico no puede omitir la salvación de una persona que se está ahogando en el río. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer[187].

Por tanto, se sanciona en el delito de omisión a aquel que deja de realizar una conducta que, en forma expresa, le ha sido señalada, encontrándose en condiciones de llevar a cabo la misma. Sobre este tipo penal en la jurisprudencia costarricense, se ha indicado:

---

[186] **Código Penal de Costa Rica.** Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17ª Edición, San José, art. 185.

[187] Muñoz Conde, **Óp. cit.**, p. 23.

> Pertenecen a este rango de normas preceptivas aquellas que imponen el deber de auxilio, el deber de pagar alimentos a los deudores alimentarios. El deber que las normas preceptivas imponen, y que se castigan mediante la omisión impropia o comisión por omisión – como también se le conoce en doctrina -, no es un deber que brota del devenir social o de las costumbres de un pueblo o de su moralidad, sino que es el deber legal (deber jurídico de evitar – en el lenguaje utilizado por el legislador penal de 1971–), la acción mandada por el Ordenamiento Jurídico…De previo a profundizar en el análisis del motivo, conviene acotar lo señalado por Gimbernart Ordeig La omisión es una especie del género, no hacer, especie que viene caracterizada por que, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer, o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado. (Gimbernat Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho Penal. Editorial Tecnos Madrid, 3ª edición 1990. Pp. 182, 183)[188].

2. CLASES DE TIPO PENAL OMISIVO

Corresponde ahora analizar las clases de delito omisivo que existen. Para ello se puede afirmar que es dable señalar algún grado de consenso en la doctrina sobre las clases de tipo penal omisivo. Se refiere a nivel de la doctrina, principalmente el delito de omisión propia y la omisión impropia, por lo que se procede a establecer las particularidades de cada una de estos delitos a continuación.

2.1. EL DELITO DE OMISIÓN PROPIA

Sobre el delito de omisión propia, anteriormente se establecieron sus rasgos fundamentales. No obstante, se puede señalar de conformidad con lo indicado que

> Se llaman omisiones propias o tipos de omisión propia a aquéllos en que el autor puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica[189].

[188] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 989-99, de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido, véase: González Castro, **Óp. cit.**, p. 39**.**

[189] Ver Zaffaroni Eugenio, **Óp. cit.** P. 484.

Además, Zaffaroni indica que estos tipos penales se caracterizan, porque no tienen un tipo activo equivalente, y que vienen a ser todos aquellos tipos penales, en donde el legislador impone una sanción ante la inobservancia de una conducta determinada; por ejemplo, el delito de omisión de auxilio, al que ya se hizo referencia anteriormente. Sobre este tipo de omisión, también se ha señalado:

> Existe un primer grupo de disposiciones en las cuales se sanciona la infracción de un deber de actuar, seguido o no de un resultado, son los llamados tipos de omisión propia o pura u originales; así denominados por su consagración expresa en la ley, en los cuales, como se vio, se castiga la simple infracción de un deber de actuar: un ejemplo lo tenemos en el Nº 144 del c.p.[190].

Este primer tipo de omisión al que se denomina omisión pura o propia, surge cuando la ley penal castiga la simple infracción del deber de actuar. Ejemplos de este tipo de delito omisivo son, la omisión de auxilio y la omisión de prestar alimentos. La tarea dogmática en este ámbito, consiste en establecer, bajo qué condiciones, si no se evita el resultado de un tipo prohibitivo, es punible de la misma manera que su realización activa.

2.2. EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA[191]

Quizás este es el tipo de delito omisivo que más debate y controversia ha generado, y ha sido definido así:

> Se llaman omisiones impropias o tipos de omisión impropia a aquéllos en que el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo […] que hace que la situación típica de la omisión equivalga a un tipo activo. Los tipos de omisión impropia tienen un equivalente y la posición en que debe hallarse el autor se denomina posición de garante[192].

Varios aspectos se deben destacar de la anterior cita. En primer lugar, la acción omisiva tiene su equivalente en la existencia de un tipo penal activo;

---

[190] Dall"Anesse Ruíz Francisco, Fernández Vindas, Rosario, Gatgens Gómez, Erick. (2001). **Omisión Impropia.** Editorial Jurídica Continental, San José, p. 25.

[191] Para analizar los diversos temas relacionados don la omisión impropia, se recomienda la obra: Castillo González, Francisco. (2007). **El delito de Omisión Impropia.** Editorial Jurídica Continental, San José.

[192] Ver Zaffaroni, Eugenio, **óp, cit**., p. 484.

pero se da una circunstancia particular y es que solamente puede ser autor, quien se encuentre dentro de un limitado círculo. Tal situación surge por la calidad especial que debe presentar o poseer el autor de dicho ilícito. En este caso en particular, debe tener la calidad de garante. Con ello se quiere señalar que dicha persona tiene la obligación de evitar el resultado.

Se ha cuestionado al respecto que la ley debe indicar cuáles son esas fuentes que otorgan o generan la obligación de garante, como una forma de poner a salvo el principio de legalidad y, por ende, no crear tipos penales que por su conformación, serían inconstitucionales. En tal sentido, algunas legislaciones han optado por señalar en forma concreta, cuáles son esas fuentes que generan la obligación de garante. Así el Código Penal Colombiano del 2000 establece:

> Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:
>
> 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del ámbito propio de dominio.
> 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
> 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
> 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente[194].

En el caso de la legislación Colombiana, se enumera una serie de situaciones que generan esa obligación de garante que, en términos claros, lo que obliga a su titular, es precisamente evitar el resultado, por cuanto existe una obligación jurídica de actuar. Pero en legislaciones como la nuestra, lo que existe es una norma de carácter general que posibilita sancionar conductas omisivas y, sobre la cual, el doctor Castillo González ha comentado:

> Para nosotros, los delitos de omisión impropia deben regularse en una cláusula general en la Parte General del Código Penal que equipare la omisión antijurídica al correspondiente

[194] Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000 a cargo de Luis Carlos Salas Toro, 2001. **Citado por**: Castillo González, Francisco, (2007). **El Delito de Omisión Impropia.** Editorial Jurídica Continental, San José, pp. 68-69.

> delito de acción. El artículo 18 del código penal cumple formalmente con el principio de determinación de la ley penal, pero deja a la doctrina y a la jurisprudencia determinar cuáles son las situaciones fácticas generan la posición de garante. Ciertamente el principio de determinación de la ley penal, puede mejorarse sensiblemente si hay una determinación por el legislador de cuáles situaciones fácticas general la obligación del agente de impedir el resultado, mediante un sistema de numerus clausus. En esta cláusula general pueden indicarse cuáles son los hechos que generan la posición de garante. Sin embargo, esto llevaría a un sistema de determinación formal de las posiciones de garante[195].

Sobre los delitos de omisión impropia y, en forma directa, sobre la regulación que se realiza en el Código Penal en el artículo 18, se ha debatido en la jurisprudencia nacional y al respecto se ha indicado:

> El tercer caso, que es el que interesa al presente sub-judice, es el de la omisión impropia, en donde se establece una relación entre un tipo penal activo doloso, que no contempla directamente en su descripción típica su realización a nivel omisivo, pero que se vincula a la realización de una omisión cuando ésta produzca el resultado que el tipo activo doloso contempla. Un ejemplo de este caso ocurre cuando teniéndose el deber jurídico de evitar un resultado, se realiza una conducta que se desvía del mandato y se produce el resultado desaprobado. El salvavidas observa ahogarse a su enemigo en la piscina que tiene el deber de vigilar, y se dedica a contemplar su muerte sin realizar ningún esfuerzo para salvarle, sin haber peligro para su vida, y existiendo posibilidad física para realizar el rescate. La conducta del salvavidas sería entonces equivalente a la conducta activa dolosa de homicidio simple, pero en el caso del ejemplo se produce este resultado de muerte por omisión (comisión por omisión). La omisión impropia, tal y como está contemplada en el artículo 18 del Código Penal, puede llamar a confusión, como se nota del alegato de la defensa, ya que no es necesario que haya una expresa tipicidad de la omisión impropia para que pueda ser castigada. Este numeral de nuestro Código Penal lo único que hace es establecer algunos requisitos de legalidad para consi-

---

[195] Castillo González, Francisco. (2007). **El delito de Omisión Impropia.** Editorial Jurídica Continental, San José, pp. 70-71.

> derar la relevancia de aquellas conductas que interesan a nivel normativo como productoras del resultado, y eliminar del ámbito de relevancia aquellas que no deben ser consideradas a efectos del injusto. Esta tipicidad, acorde con el artículo 18 del Código Penal, se genera a partir de la constatación de que una conducta negativa (no hacer, o hacer distinto) produce un resultado que coincide con un tipo activo doloso. De tal manera que nuestro Código Penal contempla la posibilidad de construir una así llamada situación típica cuando alguien se encuentra en posición de garante de los bienes jurídicos de otro, es decir, cuando por alguna circunstancia que pertenece al ámbito del mandato de la norma deba esta persona actuar para proteger este bien jurídico de otro y no lo hace generando el resultado antijurídico (cfr. Bacigalupo, Lineamientos, op.cit., p. 147)[196].

Esta cita jurisprudencial pone de manifiesto que si se interpreta adecuadamente la norma 18 del Código Penal, no se encuentra ninguna dificultad desde el punto de vista del principio de legalidad en sancionar el delito de omisión impropia, estableciendo en primera instancia, la existencia de una persona que tiene la posición de garante, lo que la obliga a evitar la afectación de un bien jurídico. En el caso concreto, se trataba de un delito contra el honor y esa responsabilidad recae sobre un director de un periódico de circulación nacional, el cual es garante precisamente por el puesto que ocupa, de que la información que se brinda a través de dicha publicación, no afecte el honor de ninguna persona.

Sobre el origen de esta responsabilidad de garante y el surgimiento de la misma en los delitos de omisión impropia, dentro de la causa antes señalada, la Sala Tercera indicó:

> Esta posición de garante del bien jurídico, que es a su vez es un complemento adicional delimitador de la tipicidad omisiva impropia (ver, Zaffaroni, Manual, op.cit., pp. 485 y ss.), se produce, en una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiado en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección (en cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa [...] La posición

[196] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 789-99, de las diez horas cincuenta y cinco minutos, del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro (sobre la posición de garante derivada de la satisfacción de expectativas, cfr Sánchez Vera y Gómez-Trelles, op.cit., pp. 68 y ss.). Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma (véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, Lineamientos, Óp. cit- pp. 147 y ss.). La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego. En el caso en examen el acusado Ulibarri, como director del periódico La Nación, tenía el deber jurídico de vigilar que el contenido de las informaciones contenidas en las publicaciones de su periódico no lesionaran el honor de una persona. Este deber jurídico brota directamente del valor constitucional del derecho fundamental a informar, el cual permite a los medios de comunicación informar al ciudadano en el Estado de Derecho, pero mediante informaciones de contenido veraz, que hayan sido diligentemente investigadas, y de las cuales pueda predicarse que efectivamente cumplen con el requisito de llenar el objetivo democrático de generar opinión pública. El límite genérico de este derecho constitucional es claro. Aquellas informaciones que no sean veraces, ni diligentemente investigadas y corroboradas, pueden causar daños al honor y a otros bienes jurídicos, aparte de incumplir el sentido constitucional del derecho de informar, que en modo alguno es irrestricto. Cuando el director no vigila el contenido de las notas del periódico, y las informaciones que allí se contienen afectan el honor objetivo de alguien, se comete también el delito que cometería quien directamente afecta el honor de alguien con una acción directa de difamar o calumniar, con la única diferencia que su situación típica se genera cuando, teniendo el deber de evitar la publicación de tales informaciones, no las evita, acarreando la consecuencia que las informaciones lesivas llegan a un número enorme de lectores quienes tenderán a participar en el discurso público con una opinión formada en abierta lesión al objetivo constitucional al proteger el derecho de informar, precisamente porque este derecho ha sido abusado en detrimento de la honra y bienes jurídicos de alguien [...] La posición de garante del director surge del deber jurídico de vigilar que las infor-

maciones cumplan con los requisitos del derecho de informar en una sociedad democrática, la cual ha sido supeditada a un ejercicio diligente, cuidadoso y vigilante de los contenidos veraces y correctos de las informaciones. Constatado el deber de actuar, tiene el juez que proseguir en el análisis típico de la omisión impropia con el análisis de si existe un nexo de evitación. En este supuesto, tendrá el juez que observar si una conducta acorde con el precepto normativo evitaría que el resultado lesivo se genere. Es decir, es necesario concluir que un comportamiento debido hubiera evitado el resultado. Los juzgadores han determinado que de haber una intervención del director se hubiera evitado el resultado lesivo para el honor del ofendido, por lo que esta parte del juicio típico está completo en el sub-judice (acerca de los requisitos para el examen judicial de la tipicidad omisiva impropia, cfr. Issa El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en materia Penal, San José, Costa Rica, ILANUD, 1991, pp.). Por los anteriores razonamientos es que es posible concluir que el artículo 18 del Código Penal contiene una fórmula que incorpora en el ordenamiento jurídico costarricense los delitos de comisión por omisión (omisión impropia). Esta fórmula funciona como una cláusula general que permite realizar un juicio ex-post, en vía judicial, acerca de la existencia de un autor que está en el deber de protección de un bien jurídico, que está obligado por una norma a actuar, dentro de los límites de la posibilidad física, para evitar la causalidad que va dirigida a producir un resultado antijurídico. Así también se debe proceder a establecer el nexo de evitación, es decir, observar si la persona que hubiera actuado de acuerdo al mandato de la norma, hubiera podido evitar el resultado que se produjo en la hipótesis en examen. También debe analizarse si existe la posición de garante con respecto al autor identificado, tomando en cuenta las circunstancias que han sido detalladas en este fallo. Si estos elementos han sido cumplidos en la especie, puede considerarse que la omisión impropia generada resulta equivalente a la realización activa del mismo resultado, y, por ende, típica penalmente del correlativo delito activo doloso del que se trate. Al ser producto de un análisis a partir de una cláusula general como la del artículo 18 del Código Penal, estos delitos cumplen con los requisitos de estricta legalidad, y no requieren ser considerados expresamente en ese carácter en la Parte Especial de la ley represiva. Los requisitos de legalidad terminan de cumplirse

> cuando se hacen los estudios de los elementos de la tipicidad omisiva que han sido expuestos en este Considerando y que, como la posición de garante, contribuyen a delimitar el núcleo de autores que pueden estar en el deber jurídico de evitar el resultado, si podían hacerlo acorde con las circunstancias. Un examen del fallo, y de su argumentación, permite comprender que estos aspectos fueron considerados por el tribunal de mérito, ya que se detalló que el encausado Ulibarri Bilbao, tenía pleno conocimiento de la noticia preparada por los redactores Chacón Chaverri y Guevara Muñoz, según el fallo sabía de la falta de veracidad con que se presentaría dicha nota, y teniendo la posibilidad y el deber de evitar su publicación, no lo hizo, con lo que se demuestra que no se ha causado el vicio in iudicando reprochado por el impugnante. Los casos más frecuentes de omisión impropia no han sido ubicados precisamente en los delitos contra el honor, sin embargo tampoco están descartados[197].

En el anterior fallo, la Sala Tercera explica de manera muy clara, la forma de operar del delito de omisión impropia. En este sentido, establece cómo surge la figura del garante y por qué en el caso concreto, el director del periódico La Nación, tenía tal calidad. Además, se ponen de manifiesto los requisitos que anteriormente fueron señalados, como requisitos indispensables para que se genere el delito de omisión impropia.

En este sentido, es esencial rescatar que lo que generaba el deber de garante de dicho acusado, con respecto a las informaciones que producían sus subalternos, era precisamente el deber de vigilancia de una fuente de peligro, como lo es la publicación de un diario de circulación nacional, en donde el director por su función misma, está en la obligación de cerciorar la veracidad de la información que se publica. Por ello, precisamente, atendiendo ese deber de vigilancia, estaba dentro de las posibilidades reales de esta persona, evitar que las notas informativas generadas por sus subalternos, afectarán el honor de alguna persona, precisamente por ser falsas.

Esta responsabilidad del garante, se establece para muchas otras situaciones. Véase a continuación el análisis realizado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con respecto a esa obligación de garante que recae sobre los personeros o miembros de una junta directiva:

---

[197] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 789-99, de las diez horas cincuenta y cinco minutos, del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Ya esta Sala había indicado, siguiendo la teoría de la omisión impropia acogida en el artículo 18 del Código Penal, que es posible para los representantes legales, personeros o miembros de la Junta Directiva de una empresa delegar las funciones en otras personas para que éstas asuman sus responsabilidades, pero ello es admisible sólo [...]tratándose de empresas complejas, con un gran volumen de trabajo, siempre que quien delegue las funciones gire adecuadas instrucciones a sus subalternos para que éstos no realicen hechos lesivos; que eviten cualquier irregularidad de la que puedan percatarse; que seleccionen a personas idóneas para desempeñar las funciones delegadas; que los supervisen y suministren a éstos los medios necesarios para cumplir con sus obligaciones; y, fundamentalmente, que la repartición de funciones responda a exigencias propias, concretas y constantes de la empresa[…]. (Sentencia Nº 10-F de 15 hrs. del 21 de enero de 1988, Sala Tercera). El Tribunal de Juicio no analizó si en efecto hubo una delegación de funciones, o si los encartados permitieron que sus nombres se utilizaran para realizar actividades ilícitas, y la responsabilidad penal que en cualquiera de esos supuestos pudieron haber asumido por omisión. Tómese en cuenta que la posibilidad de delegar funciones en otros puede realizarse sólo cumpliéndose con los presupuestos antes apuntados, situación que tampoco se examinó en la sentencia del Tribunal de Juicio, no obstante que la absolutoria se sustentó en que los encartados no conocían de las actividades de las empresas en que ellos mismos figuraban como personeros. En ese mismo fallo se señalaba que [...] el ejercicio de la mayoría de las actividades profesionales y los roles que asumimos, implican a su vez la necesidad de asumir una determinada posición de garante en relación con diferentes bienes jurídicos fundamentales para nuestra comunidad. Así, por ejemplo, se le impone un mínimo deber a un comerciante el conocer la lista oficial de precios para que en su establecimiento no se cometa el delito de especulación en perjuicio de los consumidores, y desde ese punto de vista el comerciante asume la posición de garante frente a la comunidad, lo mismo que el médico en relación con la vida de su paciente; el ingeniero civil en relación con los aspectos técnicos de una construcción, para que no se derrumbe; el conductor de vehículos en relación con los peatones; etc. (Sobre la posición de garante véase WESSELS, Johannes. Derecho Penal, Parte General. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 214 ss.). Los editores de los diarios, en virtud de la norma citada de la ley de imprenta, asumen una

posición de garantes frente a la sociedad, en el sentido de que deben controlar que sus publicaciones sean veraces, y no lesionen el honor de los ciudadanos, motivo por el cual se les exige efectuar una tarea muy importante de control. Cuando se falta a ese deber, eventualmente pueden asumir responsabilidad penal por omisión [...]. (Sentencia de la Sala Tercera últimamente citada). Para tales efectos debe tomarse en consideración, además, que en un caso como el presente referido a las responsabilidades de los personeros y directores de una empresa mercantil dedicada a captar fondos del público para invertir y a vender públicamente valores mercantiles, la posición de garante surge por un lado de la propia ley, como por ejemplo de las normas contenidas en el Capítulo Tercero del Título I0 del Libro I0 (arts. 17 ss.); del Capítulo único del Título IV también del Libro I0 (arts. 398 y ss.); así como los artículos 181, 182, 183, 189, 226, 229, 231, y 233, todos del Código de Comercio, tanto en su redacción actual como la que tenían a la fecha de los hechos, sin hacer referencia a las normas que regulan la Bolsa Nacional de Valores por ser de 1990, y a la Ley de Regulación de la Publicidad de la Oferta Pública de Valores por ser de 1988. Además, por otro lado, esa posición de garante también surge de la costumbre, de las tradiciones, y de las circunstancias, sobre todo en casos referidos al ámbito bursátil, mercantil y empresarial, regido por la tradición, la costumbre y las prácticas, entre las que sobresalen la buena fe, la confidencialidad, la exactitud y la lealtad en la información suministrada entre los distintos sujetos que se interrelacionan, según lo refieren los artículos 2, 3 y 4 del Código de Comercio. Tratándose de empresas, es evidente que la legislación comercial y las regulaciones del mercado bursátil y financiero (tanto del país donde esté operando la sociedad o la empresa, como las regulaciones de los países donde estén ubicados los inversionistas), le imponen una serie de deberes a los directores, con el propósito de que la captación de dineros del público para invertir en acciones se realice sin afectar los derechos de esos inversionistas y de los ciudadanos en general, ni la economía o la imagen del país, aún cuando se trate de sociedades constituidas en el extranjero, pues de acuerdo con los hechos de la sentencia operaron en Costa Rica y mantuvieron oficinas abiertas, y fue desde aquí donde captaban inversiones de los ofendidos ubicados también en el extranjero[…][198].

[198] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 339-F-94, de las catorce horas con treinta minutos, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro**. En igual**

Lo antes expuesto permite en forma más clara, establecer la diferencia entre el delito de omisión propia y el delito de omisión impropia, para lo cual se afirma:

> En la práctica es clara la distinción entre los delitos propios de omisión y los delitos impropios de omisión. Como ejemplos clásicos de los delitos de omisión propia podemos citar la omisión de auxilio (Art. 144 cód. pen) y la omisión de denuncia (Art. 322 cód. pen.). Podemos hablar de un delito de omisión propia por que los tipos penales se limitan a describir una omisión para la cual prevén una pena y porque tales omisiones no son la contrapartida de un delito de acción. El ejemplo clásico de un delito impropio de omisión es el delito de homicidio cometido por la madre que deja a su hijo pequeño morir de hambre. En este caso se habla de delito de omisión impropia, porque la punición se hace de acuerdo a un tipo penal de acción (el homicidio) y la pena aplicable es la de este delito de acción (art. 18 cód. pen) y porque la omisión debe corresponder, como contrapartida, al homicidio realizado mediante un comportamiento activo.
>
> Aunque en estos casos la distinción entre los delitos de omisión impropia e impropia es clara, los criterios de separación en otros casos son discutibles. El significado práctico de la distinción es que la posición de garante define los delitos de omisión impropia según el art. 18 cód. pen. o en ciertos tipos penales de la Parte Especial. Esta posición de garante no puede deducirse de la obligación de actuar de un delito propio de omisión[199].

2.3. DELITO DE OMISIÓN Y RESULTADO

Una tercera forma de aparición del delito omisivo, es señalada en doctrina y al nivel de la jurisprudencia. El delito se produce al generarse una omisión que causa un resultado. En este sentido, se indica:

---

sentido: Sobre el tema de la responsabilidad penal del gerente, puede revisarse**: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 10-F-1988, del año mil novecientos ochenta y ocho (no se tienen más datos), y **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 492-F-93, de las once horas del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y tres.

[199] Castillo González, **El delito de Omisión Impropia**, p. 72.

> Un segundo tipo de omisión estaría constituida por aquellas conductas omisivas ligadas a un determinado resultado, con el que se conecta normalmente, el ejemplo usado por MUÑOZ CONDE es el de aquella omisión castigada por el Código Penal Español que impone sanción para aquel que no presta la debida cooperación para la Administración de Justicia, cuando resultare grave daño para la causa pública (art. 371,2)[200].

Asimismo, en la doctrina nacional se refiere este tipo de delito omisivo de la siguiente forma:

> Una [...] clase de delitos de omisión se ubican o se encuentran eventos en los cuales se penaliza en una misma disposición legal tanto una acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo, dando origen a una figura mixta: tipos de comisión y de omisión propia; contienen tanto una prohibición, como de un mandato: se incluye una misma amenaza penal tanto la realización de una acción positiva como la omisión de una acción determinada. Son casos en que la ley misma equipara la realización de una acción con la omisión de una acción determinada. Ejemplo, favorecimiento de evasión: art. 327 del c.p.[201].

En este segundo tipo de omisión, se ubican aquellas conductas omisivas ligadas a un determinado resultado, con el que se conecta normalmente. Como ejemplo, se señala la conducta tipificada en el numeral 327 del Código Penal, en el cual se describe:

> **Favorecimiento de evasión:** Artículo 327.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado. Si el autor fuere un funcionario público, la pena se aumentará en un tercio. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, concubino o manceba del evadido, la pena se disminuirá en una tercera parte. (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de la ley No.7732 de 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 325 al 327).

---

[200] Issa El Khoury Jacob y Chirino Sánchez, Óp. cit.,, p. 126.
[201] Dall"Anesse Ruíz, Fernández Vindas, Gatgens Gómez, **Óp. cit.**, pp. 25-26.

No obstante, a pesar de que esta clase del delito de omisión se cita en doctrina en forma repetitiva, no se ahonda en su análisis.

Las anteriores notas referidas al delito omisivo, han tenido por finalidad primordial, poner de manifiesto las características de esta forma de aparición del delito, resaltando que no siempre la acción delictiva está conformada por una conducta activa. De esta forma, también puede cometer un ilícito penal, quien por las circunstancias concretas o por mandato legal, se encuentra en la obligación de evitar un resultado que afecta un bien jurídico que, en el seno de la sociedad, es considerado fundamental.

Se manifiesta como un tema fundamental dentro de este tipo de delitos, lo concerniente a la figura de garante en los delitos de omisión impropia. Cuando surge dicha figura, determinada persona se encuentra en la obligación de actuar para evitar la dañosidad de un resultado, ya sea en su calidad de garante o en la posición de cualquier particular. Así Los y las profesionales de la Defensa Pública deben manejar estos aspectos con un criterio técnico satisfactorio, conociendo los diversos requisitos que se requieren para la configuración de una figura delictiva de esta naturaleza.

Por tanto, se puede garantizar que la Defensa Pública brinde un servicio público de calidad, preocupación que debe ser nuestra meta en las labores diarias, ya que solo así, podremos estar conformes, en cuanto a que estamos cumpliendo en forma adecuada con la misión que el ordenamiento jurídico y la sociedad costarricense, nos han confiado.

SECCIÓN V:
EL TIPO PENAL CULPOSO

Una tercera forma de aparición del delito es el culposo. Sobre este tipo de delito se ha indicado:

> Ya hemos puesto de manifiesto que las leyes penales no sólo incriminan como delito hechos en los que la finalidad del autor se dirige a la realización del tipo (delitos dolosos). Junto a estos delitos se encuentran otros en los que la finalidad del autor no se dirige a la realización del tipo, pero éste se cumple como consecuencia de la negligencia, es decir, la falta de cuidado observada por el autor. Estos últimos son los delitos culposos.
>
> Por lo tanto, no sólo la dirección de la voluntad a la realización de un hecho prohibido es presupuesto de la aplicación de una pena; también la expresión de desprecio por los bienes jurídicos ajenos, manifestada en un comportamiento descuidado (negligente) es constitutivo del delito. Mientras en el delito doloso el disvalor de la acción está constituido por la voluntad de realizar el tipo, el disvalor de acción del delito culposo proviene del descuido del autor y la correspondiente manifestación de menosprecio por los bienes jurídicos de otros o de la comunidad[202].

La naturaleza del delito culposo se fundamenta en que su aparición se da precisamente, al concretarse una falta al deber de cuidado, al que todos estamos obligados en las diversas actividades que a diario realizamos. En este sentido, se debe tener presente que la multiplicidad de actividades que realizamos, están sometidas a un riesgo.

No obstante, se habla de la existencia de un riesgo normal o, más precisamente enunciado, como un riesgo permitido. Desde esta perspectiva, la conducta culposa nace a la vida jurídica, al momento de que se despliega una actividad cualquiera. Pero se sobrepasa ese riesgo normal o permitido y se genera un resultado que afecta un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico. Es aquí cuando se afirma que dicha conducta se generó, faltando al deber objetivo de cuidado al que estaba obligado.

---

[202] Bacigalupo Zapater, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 129. **Sobre el delito culposo se pueden analizar las siguientes resoluciones:** votos números 111-81, 596-F-92; 380-95; 676-F-91 y 133-F-92, todos de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.**

No se encuentra en la legislación patria, una definición de lo que se debe entender por falta al deber de cuidado, como presupuesto del delito culposo, lo que ha generado que incluso se haya alegado que los delitos de esta naturaleza, son inconstitucionales, ya que como no existe tal definición, le corresponde al juez establecer, cuáles actos constituyen un delito culposo.

Sin embargo, sí existe un precepto general que faculta la sanción de este tipo de delitos, precisamente el artículo 30 del Código Penal, establece:

> ARTÍCULO 30.- Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

En la jurisprudencia nacional sobre la definición del término culpa, se ha indicado:

> En su único motivo del recurso, el abogado defensor A. A. Z. M. denuncia la inconstitucionalidad del artículo 128 del Código Penal, por cuanto omite una definición de culpa, de tal modo que los juzgadores recurren a elaboraciones doctrinarias para dar contenido al tipo penal. Este proceder de nuestros tribunales es inadmisible -agrega- pues no es permitida ninguna fuente distinta a la ley para la determinación de la conducta delictiva. En razón de lo anterior, la aplicación del citado numeral 128, viola el principio de legalidad consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, por lo que solicita se revoque totalmente la sentencia de instancia. Debe rechazarse el motivo. Ya esta Sala se ha pronunciado sobre el punto, concretamente en sentencia Nº 133-F de las 8:50 hrs. del 24 de abril de 1992, cuando señaló: «El principio de legalidad plasmado en el artículo 39 de la Constitución Política no requiere para su desarrollo que el Código Penal contenga un diccionario de vocabulario técnico jurídico para su aplicación» (sic). Es imposible crear un sistema legislativo de carácter pleno o hermético, de tal forma que todos los términos estén definidos en la ley sin duda alguna; así, cae por su propio peso la objeción expuesta por el recurrente. De aceptarse su tesis valdría la objeción para los términos «persona» del artículo 111, «libidinosos» del 163 o «cosa mueble» del 208 por ejemplo, todos del Código Penal; y valdría también para cualquier norma penal, en cualquier ley especial en todo el ordenamiento jurídico. Sería imposible una definición -exante- de todos los deberes de cuidado eventualmente causantes

> de lesión a bienes jurídicos, en todo oficio, arte, actividad o profesión; tal pretensión haría imposible el tratamiento de la culpa en el ordenamiento jurídico penal. La voz culpa -en su sentido jurídico penal- refiere la omisión a un deber de cuidado que es causa directa de un resultado dañoso […][203].

Para los efectos pertinentes, lo que debe estar claro es que configuran delitos culposos, todas aquellas conductas que se realizan, faltando al deber de cuidado al que se está obligado. Precisamente, atendiendo la naturaleza de este tipo de delitos, es imposible pretender que exista un Código Penal que refiera todas estas faltas del deber de cuidado, como constitutivas del delito culposo. Tal tarea ha sido realizada por la doctrina y la jurisprudencia, las cuales han ido depurando tal concepto, de tal forma que no exista afectación del principio de legalidad.

El tema del deber objetivo de cuidado, no es un concepto tan novedoso como puede pensarse. En este sentido, se afirma:

> El concepto de deber objetivo de cuidado, sin embargo, no es nuevo, ya que, Engisch, en 1930, incluyó la necesidad de su presencia en el tipo de injusto del delito imprudente[204].

Otro aspecto importante por resaltar, es que el Código Penal, por lo general, regula delitos de naturaleza dolosa. Pero cuando se trata de regular uno de índole culposa, expresamente lo señala, de tal manera que solo pueden constituir delito culposo, aquellos que expresamente están referidos así en el código sustantivo. Se entienden aquellos en donde:

> La acción viola el deber de cuidado cuando infringe las reglas que regulan la actividad en la que ella se desenvuelve, creando con ello un peligro al bien jurídico. Existen reglas inherentes a la acción de conducir un vehículo, de pilotear un avión, de cuidar de un paciente en terapia intensiva, etc., y todas ellas conforman el cuidado debido. Para establecer

---

[203] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 511-F-93, de las nueve horas del diez de septiembre de mil novecientos noventa y tres. **Puede verse en igual sentido**: Castro, Sandra Jeannette. **Tipo subjetivo.** En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Universidad Externado de Colombia, pp. 239 y siguientes: Cobo del Rosal (M). Vives Antón (TS). (1991**). Derecho Penal, Parte General.** Tirant lo blanch, Valencia, pp. 471 y siguientes.
Véase con un enfoque diverso el tema del delito culposo *a*: Binder, Alberto M. (2004). **Introducción al Derecho Penal.** Editorial AD-HOC, Buenos Aires, p. 152.

[204] Issa El Khoury y Chirino Sánchez, Alfredo, **Óp. cit.**, p. 112, **citan** a Muñoz Conde, óp, cit. P. 68.

> si la acción violó o no ese deber debemos compararla con la acción prescrita por las normas que la regulan[205].

Asimismo, debe tenerse claro que el delito culposo, no se encuentra determinado con precisión en la ley, pues le corresponde al juez determinar en cada caso en particular, el contenido de esa acción que faltó al deber objetivo de cuidado. Por ello se afirma que el delito culposo, es un tipo penal abierto, en consideración a que en cada caso en particular, debe el juzgador determinar cuál era el deber de cuidado que debía cumplir el agente. En este sentido, el juez debe poseer un punto de referencia para llevar a cabo la comparación, entre la acción realizada y la acción que se consideraba, era la que debía realizarse, con el fin de establecer, si la acción fue realizada faltando al deber objetivo de cuidado. Por esto se afirma que

> El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción, realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar[206].

En igual sentido, sobre el deber de cuidado se ha indicado:

> Para efectos de establecer ese deber de cuidado se han construido diversas herramientas dogmáticas, resalta, por ejemplo, la medición de cuidado de acuerdo al ciudadano medio cuidadoso, en este caso se examina la diligencia que hubiera puesto ese ciudadano promedio. En este criterio, dice Bacigalupo, habría que aceptar también los conocimientos especiales, fuera del promedio que pueda tener el ciudadano, como sería el caso del cuidado del químico al manejar las sustancias radioactivas (conocimiento superior al promedio por los estudios y la experiencia) o el del conductor experimentado (conocimiento de conducción superior al promedio), etc.[207].

También se ha indicado como un mecanismo para establecer el deber de cuidado en la jurisprudencia nacional, lo siguiente:

---

[205] Ver Silvestroni, **Óp. cit.**, p. 230.
[206] Muñoz Conde, **Teoría General del Delito**, p. 56.
[207] Issa El Khoury y Chirino Sánchez**, Óp. cit.**, p. 116. **En igual sentido, véase**: Muñoz Conde, **Óp. cit.**, p. 57.

> Existen dos criterios para definir el *deber de cuidado concreto;* por una parte, tenemos el criterio *objetivo*, y, por otra, se tiene el criterio individual. Es de nuestra preferencia lo relativo al *criterio individual* donde el deber de cuidado dependerá de las capacidades y conocimientos especiales del autor concreto. Esta situación enfocada de manera inversa, sería, *no* infringe el deber de cuidado, el que, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo (BACIGALUPO, *Principios*..., cit., p. 244)[208].

Estos dos criterios pueden ayudar al juzgador a determinar cuál era el deber objetivo de cuidado al que estaba obligado el agente. Por una parte, el criterio del ciudadano medio que se fundamenta o es equivalente al buen padre de familia del que hace referencia la ley civil, de lo que trata es de examinar la situación concreta a la luz de la actuación que hubiera llevado a cabo un hombre prudente y diligente, ubicado en la misma situación, en donde estuvo el autor.

El segundo criterio, hace referencia más bien al análisis de las características personales del agente. En este sentido, el deber de cuidado será mayor para quien ante las circunstancias concretas, se encontraba en mejores condiciones, que para aquel que no contaba con ellas. Por ejemplo, ante una situación de posible ahogamiento en el mar de una persona, el deber de cuidado exigido, será mayor para el experto nadador que se encuentra en condiciones físicas adecuadas para realizar el rescate, que para la persona que apenas ha iniciado las clases con la finalidad de aprender a nadar[209].

No puede obviarse que se presentan en la práctica diaria, situaciones en donde se establece lo que se denomina culpa concurrente o concurrencia de culpas, que ocurre o se da cuando se logra acreditar que, en forma simultánea, varias personas faltan al deber objetivo de cuidado al que están obligadas, con lo cual contribuyen, en igual forma, a la producción del resultado final.

En este caso en particular, la responsabilidad penal es de ambas personas, pero sí tiene que ver con la responsabilidad civil, ya que en tal esfera, cada autor carga individualmente con la culpa que le corresponde, por lo que muchas veces, el establecimiento de la culpa concurrente, puede represen-

---

[208] **Tribunal de Casación Penal.** Voto número 531-2005 de las once horas del nueve de junio de dos mil cinco.

[209] **En este sentido Véase**: Bacigalupo Zapater, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 57.

tar un gran beneficio para la parte que se representa, pues sirve para liberar del pago de acciones civiles resarcitorias[210]. En la jurisprudencia nacional, el tema de la concurrencia de culpas ha sido analizado bajo las siguientes circunstancias:

> De tal relación fáctica el a-quo deduce con acierto y exponiendo las razones para ello (ver en especial fs. 285 vto., 286 y 287), que tanto uno como otro (M. C. y R. M.) incurrieron en culpa (concurrencia de culpas o culpa concurrente): el primero por manejar a velocidad y bajo los efectos del licor sin tomar las precauciones del caso (a sabiendas de que conduce en una noche lluviosa con problemas de visibilidad) y el segundo por estacionar de modo irresponsable e imprudente su vehículo ocupando buena parte de la vía cuando pudo hacerlo en otro sector. Tal razonamiento empleado por los jueces se adecúa a los hechos que tuvieron por demostrados y a los principios que informan la falta al deber de cuidado por el que se sancionan los hechos culposos.[211]

Otro aspecto al que se refiere la resolución antes citada, es lo concerniente al análisis del riesgo, al que se debe dar especial énfasis en esta categoría de delitos, a efectos de establecer, si efectivamente estamos en presencia de una acción delictiva o no. En este sentido, se refirió:

> Si por lo general, una gran mayoría de los acontecimientos del hombre en su vida de relación con los demás son prácticamente previsibles y evitables, de donde se colige que sería imposible el desarrollo social a menos que se admita -como en efecto se hace- *un riesgo* en actividades como la navegación aérea, el transporte automotor, tráfico ferroviario, cirugía, etc. Este tipo de actividades, y se podrían enumerar muchas más, son apreciadas por el derecho como socialmente adecuadas y no son calificables de culposas. «Estas consideraciones muestran dos cosas: primero, que deben ser aceptados determinados riesgos que, a pesar de un gran despliegue de reglas de cuidado, son imposibles de domeñar por

---

[210] **Véase en este sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 111-F-81, de las nueve y cincuenta minutos, de veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y uno y **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 676-F-91; de las ocho y treinta horas, del trece de diciembre del mil novecientos noventa y uno.

[211] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 676-91, de las ocho horas con treinta minutos, del trece de diciembre del mil novecientos noventa y uno.

> entero; segundo, que igualmente hay que aceptar acciones descuidadas si es que no se pretende paralizar en gran parte la vida social.» (GOESSEL: Óp. cit- p. 28.) De consiguiente, si hay un *riesgo permitido*, dentro de lo que se denomina acción socialmente adecuada, es claro que la culpa penal es una acción que excede la permisión del riesgo, por lo que se trata de una acción socialmente inadecuada. En el caso de autos, se describe la acción del imputado García Vargas quien, por conducir un vehículo a «exceso de velocidad» por una vía debidamente demarcada, no pudo evitar la invasión del carril contrario a aquel por donde circulaba, chocando de frente contra una motocicleta que estaba detenida cediéndole el paso y produciendo las lesiones a B. A. y J. G. (v. fl. 162 ft. y vt.). La permisión de transitar por las vías públicas a velocidades que hacen posible la causación de resultados lesivos a bienes jurídicos no es ilimitada, y llega no solo a las autorizaciones que la ley o los dispositivos fijos de tránsito establecen, sino que se reduce (el permiso) de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar como por ejemplo un accidente en carretera, la presencia de operarios en la vía o de niños atravesando la calzada, lluvia, neblina, derrumbes, etc. En el presente caso, tiene acreditado el a quo la conducción de un automotor a una velocidad tal que hizo imposible su maniobrabilidad, lo que se constituyó en causa directa de las lesiones de los ofendidos. Es muy claro que se excedió el *riesgo permitido* y, en términos generales, la falta al deber de mantenerse dentro de los límites de la permisión es configurativa de la culpa penal[212].

Se parte de aceptar que la vida moderna, impone la necesidad de realizar acciones que, por su naturaleza, implican un riesgo por sí mismas. Pero tal riesgo se encuentra dentro de lo previsible e, incluso, dentro de lo permitido para efectos de lograr que la vida social transcurra con normalidad, y además, en forma cada día más fácil. Por ejemplo, la puesta en práctica de un sistema moderno de trenes eléctricos, con la finalidad de movilizar un mayor grupo de personas y a una distancia mayor, en menor tiempo, es una actividad que implica riesgos, pero dicho riesgo se encuentra dentro de lo permisible y lo que se denomina socialmente adecuado.

---

[212] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 511-F-93, de las nueve horas, del diez de septiembre de mil novecientos noventa y tres. **Véase en igual sentido:** Chinchilla Sandí, Carlos. (2002). **La Culpa en Derecho Penal.** Editorial Jurídica Continental, San José, p. 32.

No obstante, si se falta al deber de cuidado, cuando no se le da el mantenimiento que requiere dicha maquinaria, razón por la cual se produce un grave accidente con pérdidas humanas, es un riesgo que sale de lo permitido y lo socialmente adecuado. En estas circunstancias concretas, es dable afirmar que se creó un riesgo que va más allá del riesgo permitido, y que como tal, es configurativo del delito de homicidio culposo.

Igual sucede con el que maneja un vehículo, a sabiendas de que el mismo se encuentra con las llantas (o gomas) sumamente gastadas y con los frenos dañados, y resulta que el conductor pierde el control del mismo y atropella a una persona que se encuentra ubicada en la acera, ya que el percance ocurrió, debido al mal estado de las llantas y los frenos, razón por la cual el conductor no pudo controlar dicho vehículo.

Sobre el riesgo en los delitos de índole culposa, se ha manifestado:

> En la vida moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma, ello ha determinado que la protección de los bienes jurídicos no implique una tendencia absoluta a la puesta en peligro y que, consecuentemente, se autorice -dentro de ciertos límites- la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados. Puede hablarse, en consecuencia, de un riesgo permitido, es decir, de la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. En tráfico automotor importa un cierto aumento en el riesgo de accidentes, con respecto a la circulación a pie, pero se autoriza en función de las ventajas que globalmente produce a la vida social.[213]

Otro aspecto que se discute en doctrina, es la forma cómo se regula en los diferentes ordenamientos jurídicos, la figura culposa. Para ello se indica que existen tres formas de regular la culpa. En este sentido, se expresa:

> No obstante lo anterior, la manera como los códigos regulan el fenómeno no siempre es la misma, distinguiéndose por lo menos tres formas de hacerlo: algunas codificaciones brindan una noción de culpa en la parte general o especial y la hacen extensiva a todos los tipos penales que la admitan, como ha sucedido en la legislación española y en las influidas por ella; se habla, por ello, del sistema hispánico o numerus apertus;

---

[213] Ver Silvestroni, **Óp. cit.**, p. 215.

> A su turno, otras no emiten ninguna noción de culpa, limitándose a indicar en la parte especial las figuras culposas; es el llamado sistema franco-germánico o de numerus clausus, que se encuentra en el Código argentino y en el alemán; finalmente, existe una tercera posibilidad, resultante de combinar las dos anteriores, en virtud de la cual se define la culpa en la parte general y se indican en la especial los casos en que procede, más conocida como italo-suizo y que se encuentra en el Código italiano y en el anteproyecto de C.P. español de 1992, por lo cual es también de numerus clausus[214].

Como puede verse, la forma de regular la culpa en nuestra legislación, sigue el sistema franco-germánico o de numerus clausus, por cuanto existe una norma general que refiere entre las formas de la culpabilidad, la culpa como forma de aparición del delito, sin dar ni siquiera una noción de lo que constituye la culpa. Pero, además, son delitos culposos los que expresamente así se señalan en la parte especial del Código Penal. De esta forma, tenemos, por ejemplo, el delito de desastre culposo, artículo 254; el delito de homicidio culposo; artículo 117; el delito de lesiones culposas, artículo 128, todos del Código Penal, en los cuales se establece, en forma expresa, que la comisión de los mismos se genera a título de culpa.

Utilizando otra nomenclatura para analizar la misma situación anterior, se ha señalado en la doctrina nacional, lo siguiente:

> Existen dos sistemas legislativos distintos referentes a la culpa; por una parte, encontramos un sistema abierto (numerus apertus) de tipos culposos, o lo que es lo mismo, un sistema de crimen culpae, y, por otra, un sistema cerrado (numerus clausus), o lo que se identifica como el sistema llamado de crimina culposa. El Código Penal (CP) costarricense –al igual que el proyecto de Código Penal de 2002, en conocimiento y discusión ante la Asamblea Legislativa bajo el expediente N° 11.871, publicado en la Gaceta N° 124 de 28 de junio del 2002- sigue el sistema de crimina culposa o sistema cerrado, donde se entiende que existe posibilidad de hablar de comportamientos culposos en los ilícitos penales que expresamente los señale […][215].

---

[214] Ver Velásquez Velásquez, **Óp. cit.,** p. 371.
[215] Chinchilla Sandí, Carlos, **Óp. cit.**, pp. 1-2 **La Culpa en Derecho Penal**, pp. 1-2.

Queda claro entonces que, en nuestra legislación, serán delitos culposos, aquellos que así se establezcan en el mismo tipo penal de que se trate. Por esta razón, atendiendo el principio de legalidad, no existen más delitos de naturaleza culposa que aquellos que la propia ley señale.

1. LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL CULPOSO

Sobre la conformación de la estructura del tipo culposo, se ha establecido en la doctrina nacional, que debe darse la concurrencia de un tipo objetivo y un tipo subjetivo. Así se ha indicado:

> El tipo objetivo: se llena por la falta a un deber de cuidado que causa directamente un resultado previsible y evitable. Es importante determinar hasta dónde llega el deber de cuidado, porque es el que marca el límite del riesgo. Este es ajustable al caso, es variable. Cuando se reduce la esfera de riesgo crece el deber objetivo de cuidado. La esfera de riesgo la establecen las circunstancias no nos la da la ley. Los deberes se ensanchan y el riesgo se reduce. El agente debe realizar la conducta como la habría ejecutado cualquier hombre razonable y prudente en la situación del autor, a esto se llama el deber de cuidado, el cual, como se dijo anteriormente no aparece definido en la ley penal que no le indica al ciudadano cómo debe comportarse en cada caso concreto, es este a no dudarlo, elemento normativo por excelencia de los tipos culposos, necesitado de una valoración que debe realizar el juzgador en cada caso en concreto[216].

El primer elemento de la estructura del delito culposo, está conformado, como ya se señaló anteriormente, por la existencia de la falta a un deber objetivo de cuidado que, precisamente ante su omisión, se ha producido un resultado lesivo para un bien jurídico tutelado, el cual debe establecerse en forma concreta en cada uno de los casos que se juzguen.

En esta labor, actúa el juzgador, no obstante, la Defensa tiene un papel preponderante para establecer, si efectivamente el acusado faltó a ese deber al que estaba obligado por las circunstancias que rodean el caso concreto o si, tal y como muchas veces sucede, fue la víctima la que faltó al deber objetivo de cuidado al que estaba obligado y produjo la causa directa del resultado final.

---

[216] Rodríguez Arroyo, Teresita. **La Estructura de la Culpa.** En Iª Jornada de Derecho Penal en Centro América: Visión de la Teoría del Delito. Universidad Nacional, 3 de diciembre de 1999, versión inédita, Heredia, pp. 9-10.

Por ejemplo, la víctima atraviesa en forma intempestiva, una autopista en el momento de mayor tránsito, sin utilizar el paso peatonal que se ubica a corta distancia. Tal situación se reitera en la práctica, cuando se investigan hechos de tránsito, donde han resultado personas lesionadas.

A la par del tipo objetivo del delito culposo, subsiste un tipo subjetivo, al cual se le define así:

> Se llena por la culpa como relación personal entre acción y resultado, subestructurada por un elemento cognitivo y un elemento volitivo. La cognición consistente en la previsibilidad potencial (culpa sin representación) o en la previsión concreta (culpa con representación) del resultado; y la volición es aceptar medios contrarios al deber objetivo de cuidado, pero sin aceptar el resultado típico. Medios contrarios a derecho son los que implican un superación de la esfera de riesgo (conducir a una velocidad excesiva bajo los efectos del licor)[217].

Dos componentes se enuncian dentro del tipo subjetivo del delito culposo. Por una parte, la presencia de un elemento cognitivo que se ubica en la previsibilidad con que debió actuar el agente previo a ejecutar la acción, faltando al deber objetivo de cuidado al que estaba obligado. Por ejemplo, conducir un vehículo a exceso de velocidad, ya que de por sí obliga al conductor a prever la posibilidad real y efectiva de causar un accidente. No obstante, se requiere además de la previsibilidad que el sujeto desatienda las reglas de cuidado a que está obligado en tales circunstancias.

El segundo componente del tipo subjetivo del delito culposo, es de naturaleza volitiva y está dado precisamente en la aceptación de medios contrarios al deber objetivo de cuidado. Sin embargo, no se acepta el resultado, pues de lo contrario se estaría en presencia de un delito doloso (dolo eventual), pero nunca culposo.

En cuanto a la relación entre el elemento objetivo y el subjetivo en el delito culposo, se ha señalado:

> Si no es posible establecer la congruencia entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo del delito culposo estaremos ante un caso de atipicidad. Esto puede suceder tanto porque el resultado es absolutamente imprevisible o está más allá de la capacidad de previsibilidad del sujeto (ignorancia inven-

---

[217] Ver Rodríguez Arroyo, Teresita, **Óp. cit.,** (sin número de página).

> cible) o porque el sujeto está en el supuesto de un error invencible[218].

Debe darse una relación directa entre el tipo objetivo y el subjetivo. Tal situación se puede generar, cuando por ejemplo, un conductor ignora que debe realizar un alto, cuando la señal de tránsito, que así lo establecía fue sustraída, y en razón de lo cual choca de frente contra otro auto que viaja con el derecho de vía. No se da en este caso concreto, una relación directa entre el resultado producido y la acción desplegada, por cuanto el agente nunca pudo ni siquiera prever la existencia de dicha señal y, mucho menos, el resultado producido. Por tanto, se estaría ante una situación de atipicidad que obliga a absolver a la persona acusada.

A nivel de la jurisprudencia sobre la estructura del delito culposo, se ha indicado:

> En este análisis resulta fundamental la observación del tipo objetivo del tipo culposo, esto es, que la acción cause el resultado típico y que la causalidad haya sido defectuosamente programada, es decir, que la selección de medios para producir el resultado haya sido defectuosa y que constituya una violación al deber de cuidado, y que en el resultado medie una relación de determinación en donde la infracción al deber de cuidado haya sido determinante para la producción del resultado (análisis judicial ex-post con la conducta adecuada al deber de cuidado). En segundo lugar, el analista debe poner especial cuidado al tipo subjetivo, en donde basta que el sujeto no haya deseado producir el resultado (componente de azar) que lesiona el bien jurídico penalmente tutelado, y que si el resultado típico es aceptado como posible por el sujeto activo, éste haya sobrevenido con una causalidad diferente a la programada, y, por supuesto, diferente a la voluntad final realizadora de la conducta intrascendente al Derecho. El juez debe valorar también que el resultado típico y la causalidad sean previsibles para el sujeto activo. Así, debe ponerse especial interés en dilucidar si el sujeto activo pudo conocer la peligrosidad de la conducta desplegada en relación con el bien jurídico en cuestión (cfr. de esta Sala la sentencia número 09:10 horas de 11 de diciembre de 1992, con la integración de los Magistrados Daniel González Álvarez, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Mario Alberto Houed Vega, Alfonso

[218] Issa El Khoury y Chirino Sánchez, **Óp. cit.,,** p. 120.

Chaves Ramírez y Rodrigo Castro Monge). Este análisis que debe realizar todo juzgador para determinar la calificación jurídica de los hechos que se acusan como culposos, en la sentencia recurrida no se encuentra. Nótese que el Tribunal parte erróneamente de la tesis del profesor Soler, al considerar que la acción de la imputada es lícita porque siguió el procedimiento acostumbrado para la entrega de las armas de reglamento. Señalan los jueces de juicio que: ...cuando la señora S. F., trató de sacar su pistola de la funda, estaba realizando una actividad a la que estaba obligada, la estaba sacando para entregarla a la armería, despacho que tenía a un metro de distancia; cuando la imputada manipuló la pistola para sacarla de la funda, no había personas cerca, de hecho el ofendido estaba a más de veinticinco metros de distancia, un piso abajo, de manera que si a esto agregamos que nunca había recibido ningún curso de manejo de armas, la conclusión obligada es que S. S. no faltó a su deber de cuidado, pues no está obligado a prever quien no tiene toda la información necesaria para saber con exactitud el posible resultado de sus actuaciones. Este proceso ha desnudado las condiciones en que trabajan la mayoría de policías en este país, personas que están necesitadas de trabajo y que aceptan un puesto como ese, sin tener ninguna experiencia en el uso de armas, igualmente nos dice como en el Ministerio de Seguridad Pública, se entregan armas a personas sin verificar con anterioridad, que la persona esté calificada para portarlas y sin poder garantizar que las armas están en buenas condiciones. Todas estas condiciones no se le pueden achacar a la imputada, la que creemos que actuó de acuerdo a lo que se le podía exigir como conducta, diferente hubiera sido si saca el arma sin necesidad o si la saca dentro de un grupo de personas y a corta distancia de éstas, nótese que el ofendido estaba a unos veinticinco metros de distancia, distancia máxima de alcance efectivo de la pistola... [sic] (Folio 96) La trascripción supra es necesaria pues evidencia que el Tribunal rehuye al análisis de los elementos subjetivos y objetivos que corresponden al homicidio culposo y, en su lugar, acude a la mención de factores como la falta del Ministerio de Seguridad Pública de no dar capacitación a sus funcionarios y no corroborar su idoneidad para el uso de armas, a la ausencia de conocimiento de la endilgada en el uso de armas de fuego y al procedimiento de entrega del arma de reglamento a la armería de la delegación policial. Los hechos probados descritos en la sentencia impugnada obligan al estudio de la acción de la

endilgada: halar con fuerza el arma, pues en consideración de que se trata de un revolver Colt de calibre 38 especial tal acción implica que debió accionarse el gatillo, aspecto último de suma importancia respecto del deber de cuidado mínimo que se debe tener al manipular un arma de fuego... No analizan otros dos aspectos que se hallan en el homicidio culposo: uno intrascendente para el Derecho, hacia el cual se conduce el sujeto por medio de su finalidad y el escogimiento de medios requeridos, y el otro que sí interesa al Derecho, que se produce cuando por la forma de conducción de la causalidad se produce una lesión a un bien jurídico manifestado en un resultado no querido por el sujeto. Si vemos los hechos probados de la sentencia recurrida, el relato fáctico evidencia la necesidad de realizar un estudio de esa acción de halar con fuerza el revolver Colt calibre 38 especial citado, como un elemento de la situación que responde a una falta al deber de cuidado dada la característica básica de tal arma: se dispara únicamente por la acción de halar el gatillo. Todos los aspectos señalados supra no son parte del razonamiento de los jueces de juicio, lo cual implica una falta de fundamentación intelectiva de la sentencia que incide directamente en la resolución de fondo del presente caso concreto. Nótese que el revolver marca Colt calibre 38 especial se dispara únicamente por el accionar del gatillo, no por un simple golpe. Si se observa que el Tribunal tiene por probado que el arma se atoró dentro de la funda, ello implica que una parte de la última hizo contacto con el gatillo, sin embargo, al realizar la imputada la acción de halar el arma para sacarla, significa, obviamente, que la fuerza la realiza de adentro hacia fuera, por lo que si alguna parte de la funda hizo contacto con el gatillo, lo hizo empujándolo en dirección al cañón y no hacia la cacha, por lo que de esa forma no se estaría accionando a efectos de producir un disparo. En su lugar, la explicación para que se produjera el disparo lo es que el gatillo fue halado en dirección de la cacha y no del cañón, lo cual implica que por la dinámica de la acción desplegada por la imputada para sacar el arma de la funda, ésta fue quien accionó el gatillo con sus dedos. Como se verifica, el Tribunal obvió tal análisis, a pesar de que con el mismo la conducta de S. S. asume la calificación de culposa y por ello se tiene por inobservado el artículo 117 del Código Penal[219].

[219] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 446-2004, de las once horas con veinte minutos, del siete de mayo de dos mil cuatro.

2. EL RESULTADO EN EL DELITO CULPOSO

Otro aspecto de importancia esencial en el delito culposo, es lo atinente al resultado. Sobre el particular se ha mencionado:

> Como ya se ha dicho, las acciones imprudentes solo son castigadas por imperativo del principio de intervención mínima del derecho penal, en la medida en que producen determinados resultados. El desvalor de la acción (la acción imprudente) no es, por sí, suficiente para determinar una sanción penal, es preciso, además, que se conecte con el desvalor del resultado (la producción de un resultado prohibido). La producción del resultado es el componente de azar de los delitos imprudentes, porque solo cuando existe pueden ser estos castigados, por más que la acción imprudente sea la misma, se produzca o no produzca el resultado. Pero esto no quiere decir que el resultado sea una pura condición objetiva de penalidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. El resultado para ser imputado al autor de la acción imprudente, debe estar en una determinada relación con esta y ser la consecuencia lógica del peligro inherente o creado por la acción misma[220].

Cuando se analiza lo relacionado al resultado en el delito culposo (imprudente), lo que se quiere dejar claro, es que debe establecerse una relación directa entre la acción desplegada, faltando al deber objetivo de cuidado y el resultado producido. Por ejemplo, no es suficiente con que se compruebe que he faltado al cuidado debido, maniobrando un vehículo que tiene el sistema de frenos en mal estado, si no ha ocurrido ningún resultado dañoso, es decir, si no he atropellado, en tales condiciones, a un peatón o no he colisionado con ningún otro vehículo.

Por el contrario, si a causa del estado de mi vehículo, se produce el resultado lesivo, lo que se requiere es constatar que el percance se produjo precisamente por el mal estado de los frenos del automotor, lo que me imposibilitó frenar y evitar colisionar por detrás a otro vehículo, acción con la cual se lesionó al pasajero que viajaba en la parte trasera de dicho automotor, resultando incapacitado por dos meses para sus ocupaciones habituales. A esta relación, denominamos relación de causalidad.

---

[220] Muñoz Conde, **Teoría General del Delito**., p. 58.

Por ello se señala:

> Como en los delitos dolosos de resultado de lesión, el resultado debe ser imputable objetivamente a la acción que ha infringido el deber de cuidado. El peligro creado por esa acción es el que debe haberse concretado en el resultado y no otro. Este requisito de la tipicidad se designa como conexión de antijuricidad, con lo que se quiere decirse que el resultado debe estar estrechamente ligado (ser imputable objetivamente) a la acción realizada sin el debido cuidado o la debida diligencia)[221].

De esta forma, debe mediar una relación directa de causalidad, entre la conducta desplegada, inobservando el debido cuidado y el resultado que se ha generado. Para establecer el carácter decisivo de la acción ejecutada, puede realizarse un examen post facto, para verificar si aún suprimiendo la misma, el resultado se mantiene, o si por el contrario, si se realiza la supresión mental de tal acción, el resultado desaparece. Sobre esta relación de causalidad, se ha indicado:

> Se plantean aquí los problemas de relación de causalidad [...] que normalmente se pueden resolver con la teoría de la adecuación. En efecto, esta teoría considera adecuada una acción para provocar un resultado, cuando era previsible objetivamente que lo iba a provocar y el autor actúo sin la diligencia debida. Estos dos componentes, previsibilidad objetiva y diligencia debida, son, al mismo tiempo, los elementos que se emplean para determinar cuándo una acción es imprudente. Sin embargo, no siempre que se dan la previsibilidad objetiva y la falta de diligencia pueden imputarse los resultados producidos. La doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversos criterios que perfilan la teoría de la causación adecuada y restringen el ámbito de imputación a aquello que es jurídicamente relevante (teoría de la imputación objetiva)[222].

Por tanto, debe establecerse entre la acción ejecutada y el resultado generado, una relación directa que permita afirmar que una es consecuencia de la otra. Esta relación es la única que permite la imputación del resultado producido por el autor de la conducta y, por ende la responsabilidad penal.

---

[221] Bacigalupo Zapater, Enrique. (1996). **Manual de Derecho Penal., Parte General.** Tercera Reimpresión, Editorial Temis S.A., Colombia, p. 216.

[222] Muñoz Conde, Francisco, **óp, cit**., p. 59.

Sobre la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia nacional, se ha manifestado:

> En definitiva, debemos partir de la existencia de una necesaria *relación de causalidad* entre la *acción* y el *resultado*, así como *la existencia de una relación específica entre éste y aquélla (lo que conocemos como imputación objetiva)*. Por su parte, las teorías clásicas llegaron a decir que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de *causa a efecto* idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 116). La *teoría de la causalidad* se completa mediante correctivos de naturaleza *no causal*, sino *normativa*, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la *teoría de la imputación objetiva*. La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la *naturaleza de la norma* y del *fin de protección de la misma* (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 116). En el estudio de las teorías de la causalidad, hay muchas de ellas que han tratado de dar respuesta a la pregunta de la relación de causalidad. Dentro de las más importantes encontramos la *teoría de la equivalencia de las condiciones (condicio sine qua non)*, así como la *teoría de la causalidad adecuada* y la de la *causalidad relevante* (ver un completo desarrollo de estas teorías en, REYES, *Imputación...*, cit., pp. 8-16, 22-30) Como correctivo de las dos anteriores encontramos la *teoría de la relevancia típica*, la cual trata de adaptar la causalidad natural a las necesidades del derecho penal. Por su parte, la *teoría de la imputación objetiva* es consecuencia de la teoría de la relevancia; su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales (BACIGALUPO, *Principios...*, cit., p. 121). A pesar de ello, la teoría de la imputación objetiva no ha venido a zanjar el problema de la *causalidad natural*. Cuando se trata de los llamados *delitos de resultado*, en los cuales la acción típica ha de producir el resultado típico, consistente en la lesión del objeto sobre el que aquélla recae, habrá de seguir estableciendo siempre, antes de analizar la relación de imputación objetiva, *la causalidad*. En estos casos, la causalidad

> constituye un presupuesto previo de la imputación objetiva del resultado (JAEN VALLEJO en FRISCH WOLFGANG, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995, p. 10). En este marco la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado[223].

No obstante, debe aclararse que la teoría de la imputación objetiva, es una teoría que se encuentra en fase de formación o de desarrollo y, por ello, no existe aún consenso sobre los alcances y la ubicación de gran parte de los institutos que la conforman. Sin embargo, se afirma:

> El aporte de la imputación objetiva se encuentra en la puesta en contacto entre el Derecho penal y la realidad que regula. En ese sentido, llama la atención hacia el contenido material de la tipicidad, y la consideración de ámbitos de riesgo permitido en las actividades humanas. En efecto, al Derecho penal no le incumbe sancionar la no evitación de lo evitable, o de lo contrario la sociedad quedaría paralizada. En este orden de ideas, el exacto mérito de la imputación objetiva […] (es) el adecuado ataque a la premisa normativa de las doctrinas anteriores, a saber, en el ámbito de la comisión, que toda causación evitable de un resultado disvalioso constituye siempre una conducta jurídicamente disvaliosa[224].

No cabe la menor duda de que el carácter esencial que representa la causalidad en los delitos culposos, y la teoría de la imputación, tiene como mérito, presentar una serie de criterios, en virtud de los cuales se analiza, si cabe una relación directa entre la conducta desplegada, inobservando el deber de cuidado y el resultado dañoso generado.

Por su parte, el autor nacional, Carlos Chinchilla Sandí, desarrolla en su obra la Culpa en Derecho Penal, una serie de criterios que tienen por finalidad, excluir la presencia de la imputación objetiva, tales como: la acción que disminuye el riesgo; acción que no crea para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado; el caso en los que el objeto de la acción ya está

---

[223] **Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 531-2005, de las once horas del nueve de junio de dos mil cinco. **Para ahondar en el análisis de este tema,** puede consultarse este mismo fallo antes citado, el cual en forma amplia, completa y clara, desarrolla los principios, contenidos, críticas y práctica de la teoría de la imputación objetiva.

[224] Ver Renauld Castro, **Óp. cit.,** pp. 94-95.

expuesto a un peligro capaz de producir el mismo resultado que la acción ha producido, etc. Sin duda cada uno de ellos; forma parte de una serie de criterios que la doctrina ha ido desarrollando; pero sobre los cuales no existe acuerdo unánime.

3. CLASES DE CULPA

3.1. LA CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACIÓN

Corresponde ahora, para finalizar este apartado del módulo, analizar las clases de delito culposo. Teniendo en consideración el aspecto subjetivo, pueden distinguirse en los hechos culposos, dos formas de culpa o imprudencia: la inconsciente y la consciente

En primera instancia, analizamos la culpa inconsciente o sin representación, la cual se genera cuando el agente no representó la posible ocurrencia del resultado típico, habiendo podido y debido hacerlo. Por estas circunstancias propias que dominan la naturaleza de este tipo de culpa, se ha afirmado en doctrina que la sanción de este tipo de conductas, es ilegal, por cuanto en ellas falta la conexión subjetiva con el resultado que permita a posteriori, un juicio de reproche. Además se indica que se trataría en definitiva, de la descripción típica de un acontecimiento vinculado tan solo objetivamente con el resultado, a lo cual se responde que es en general, la más grosera y peligrosa forma culposa[225].

Sobre la culpa inconsciente o sin representación, se ha indicado en la jurisprudencia nacional, lo siguiente:

> Ahora bien, de acuerdo con los hechos que el tribunal de mérito tuvo por demostrados en su fallo, el Homicidio Culposo investigado en esta causa aparece incuestionablemente atribuido a dos factores: a la imprudencia del co-imputado R. M. que estacionó su camión cargado de tucas ocupando gran parte de la vía, y a la falta al deber de cuidado del impugnante M. C. que conducía rápidamente su vehículo y bajo los efectos del licor, sin tomar las previsiones del caso por ser de noche y estar lluvioso (estas últimas condiciones el a-quo las examina en su Considerando de fondo a folios 285 fte. al final, 285 vto. y 286 fte., viniendo a complementar el cuadro

[225] **Puede ampliarse el estudio de este tema en**: Silvestroni, **Óp. cit.,** p. 231; Sánchez Romero, Cecilia, (2002). **Tipicidad Culposa.** En Derecho Penal, **Criminología y Derecho Procesal Penal.** Cuarezma Terán, Sergio y Houed Vega, Mario, coordinadores. Editorial Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua, p. 323.

> fáctico establecido, de lo que debe derivarse un solo contenido como unidad lógico-jurídica que constituye la sentencia). De ninguna manera se le está exigiendo al citado M. C. por parte de los juzgadores una conducta que pudiera suponer como se alega -in extremis- un dolo eventual (en que el autor acepta el resultado como posible o probable sin importarle que así ocurra), pues de su razonamiento queda claramente evidenciado que su comportamiento fue objeto de examen a título exclusivo de culpa (en este caso bajo lo que la doctrina llama sin representación o inconsciente puesto que el autor no se representó el posible resultado o peligro, sin que esto ni la diferencia con la culpa consciente tenga relevancia alguna para solucionar el presente reclamo). Asimismo cabe advertir que el tribunal da amplios argumentos para justificar la condenatoria del recurrente (ver en especial folios 285 vto., y 286 fte. y vto.), sin desbordar los límites de la acusación formulada en su oportunidad por el Ministerio Público ni de la relación fáctica que se estimó acreditada[226].

El aspecto característico de esta clase de delito culposo, es que el autor no piensa, a causa de la vulneración del cuidado debido, en la posibilidad de que pueda realizar el tipo legal, contrario a lo que sucede con la culpa con representación, como más adelante se analizará.

También con respecto a la culpa sin representación, se ha señalado en la jurisprudencia nuestra lo siguiente:

> Tampoco estamos en presencia de un supuesto de culpa sin representación, porque para ello, el imputado debió haber faltado al deber de cuidado en su juicio de previsibilidad, es decir, fallar a la hora de tener, como conductor, un nivel de previsibilidad potencial de riesgos, entre los que pudiera caber la aparición de un obstáculo en medio del carril de tránsito rápido por el que circulaba esa noche en la autopista, con rumbo de Cartago hacia San José. Y, considerando las condiciones de la carretera que se analizaron supra, así como las condiciones climatológicas imperantes al momento del accidente, no se observa falta alguna al deber de cuidado en la forma en que el acusado conducía su vehículo, pues tales

---

[226] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 676-F-91, de las ocho horas con treinta minutos, del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno. **Véase en igual sentido**: Heinrich Jescheck. **Tratado de Derecho Penal, Parte General.** Volumen Segundo, p. 782.

> condiciones se lo permitían, sin margen alguno para preveer, diligentemente, la aparición de un obstáculo en media vía. Estamos en presencia de un caso fortuito, que excluye la tipicidad de la conducta, pues la presencia del obstáculo en la vía es un evento imprevisible y, por esa razón, inevitables las consecuencias que de él se deriven[227].

3.2. CULPA CONSCIENTE O CON REPRESENTACIÓN

En cuanto al segundo tipo de culpa, sea esta la culpa consciente o con representación, se genera cuando el agente se representó la posible ocurrencia del resultado típico.

Sobre la culpa consciente o con representación, se ha manifestado:

> Es consciente cuando el autor se ha representado la posible realización del tipo y ha obtenido en la creencia de poder evitarlo o suponiendo que ella no ocurrirá[228].

Bajo estas circunstancias, debe tenerse en consideración que la Culpa consciente se sustenta en la realización de una acción, en donde el agente visualiza la posibilidad de un resultado. Pero se considera capacitado para poderlo evitar. Razón por la cual, se inobserva el deber objetivo de cuidado y se produce el resultado dañoso. Por ejemplo, llego ante una señal de alto, no obstante, por la prisa con que me movilizo, inobservo la obligación de detenerme ante la misma y no lo hago, ante la circunstancia que viene pasando otro automotor por el lugar con su respectivo derecho de vía, y al cual golpeo en la ejecución de dicha maniobra, por lo que resultan seriamente heridas varias personas que viajaban en dicho automotor.

La nota característica de esta clase de delito culposo es que se prevé un resultado. No obstante, no se acepta el mismo, porque se tiene confianza de que no se va producir, e incluso puede afirmarse que al agente le preocupa que el resultado pueda producirse, y su actitud no es de franca indiferencia, sino de una imprudente confianza en que podrá evitarse.

En la jurisprudencia nacional, la culpa consciente ha sido definida de la siguiente forma:

---

[227] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 678-98, de las ocho horas con treinta minutos, del trece de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

[228] Bacigalupo Zapater, **Lineamientos de la Teoría del Delito.** p. 136. **Véase en igual sentido**: Silvestroni, **Óp. cit.,** p. 231.

> En lo que se refiere a la primer interrogante, debemos hacer una distinción entre los conceptos de culpa consciente, según la cual el agente -a pesar de no querer que se dé el resultado antijurídico- actúa previendo como posible su producción, aunque confía en su habilidad o capacidad para evitarlo[229].

En estos términos, el delito culposo con representación, es sumamente simple, porque el agente conoce el peligro, pero no acepta el resultado lesivo que se puede presentar con su actuación. Sin embargo, para mayor claridad de esta clase de culpa, se debe tener sumo cuidado y no confundirla con el dolo eventual. Recordemos que en dolo eventual, el agente se representa el resultado como posible y lo acepta, a diferencia de lo que ocurre con la culpa con representación, en la cual el agente se representa el resultado pero no lo acepta.

Como puede verse, la diferencia entre uno y otro tipo de delito, es muy frágil, por cuanto lo que marca la diferencia es que a pesar de que en ambos casos, se prevé la posibilidad del resultado, en la culpa con representación, no se acepta el mismo. Situación diferente acontece en el dolo eventual, en donde se prevé el resultado y se acepta el mismo como posible. Para aclarar la diferenciación entre una y otra forma de delito, recurrimos al tratamiento que ha realizado nuestra jurisprudencia al respecto. En este sentido, se ha indicado:

> En este momento, cuando dicho automotor se marchaba y huía de la zona, el acusado C. B. sin estar siendo agredido, ni corriendo peligro su vida, y teniendo en frente la joroba del vehículo Honda donde era visible que iba el aquí ofendido J. A. G. C., se decidió apuntar con su arma de fuego sobre la joroba, y a pesar de que sabía que era posible que si disparaba hacia esa parte del carro podía matar a J. A. lo hizo aceptando el resultado muerte que posteriormente se produjo... (Las negrillas y sublineado no son del original, ver folios 471, líneas 20 a 38 y folio 472, líneas 1 a 15). La sentencia como unidad lógico jurídica debe ser analizada integralmente, así el a quo a folio 496, líneas 1 a 9 señaló: para el Tribunal, cuando C. B. apunta el arma y hace el disparo mortal tiene total visibilidad de lo que va dentro de la cajuela, él sabe que en ella va un hombre (probablemente no sepa que es J, A.) pero sí sabe de la presencia de un ser humano en ese

---

[229] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1202-97, de las nueve horas con treinta minutos, del siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

lugar, apunta, percibe como probable que al apuntar hacia esa cajuela va a impactar con su disparo el cuerpo de aquel sujeto que va ahí, incluso debemos recordar que la probabilidad de herir al ofendido era alta en tanto C. B. afirmó tener muy buena puntería. (el énfasis nos pertenece). De la última trascripción integrada a los hechos probados debe colegirse en aplicación del principio in dubio pro reo aplicable a las situaciones de facto, que el agente D. C. B. aunque sabía que en la cajuela o joroba del vehículo que perseguían se encontraba un individuo del que no conocía su identidad, de ello se descarta que se trate de una suerte de ejecución policial como se habría insinuado por parte de la prueba testimonial y por ende –a efectos del examen del tipo subjetivo- la presencia de un dolo directo en su acción. La interrogante por develar, es si se está en presencia de un dolo eventual como sostuvo el Tribunal de instancia, o más bien se trata de la figura de la culpa consciente o culpa con representación, escisión doctrinaria de no pocas dificultades teóricas y que a continuación desarrollaremos: Tradicionalmente en el dolo eventual el sujeto activo actúa desde el punto de vista del elemento volitivo (conativo) del dolo, con una representación del hecho punible como posible, no quedándose en el terreno de la posibilidad, sino que (siguiendo la tesis definitoria compatible con el numeral 31 del Código Penal), el autor debe representarse el resultado y saber que éste tiene un alto grado de posibilidades de verificarse y pese a ello actúa con plena indiferencia acerca de si ese resultado se produce o no, por lo que expresa o tácitamente acepta el resulta de su acción. En la doctrina se ha postulado una excepción para esta regla, cuando el sujeto, aunque sea temerariamente, actúa y a pesar de la representación de la probabilidad piensa que de todos modos el resultado no se producirá y por ende no lo acepta, éste es el caso que nos ocupa porque cuando el acusado disparó y percutió, dada la distancia, el tipo de arma utilizada, la modalidad de bala con alto poder de penetración (con blindaje según se ha establecido), lo probable era que impactara el vehículo en la cajuela varias veces si hubiese existido animus necandi, pero según la prueba documental (ver inspección ocular de folio 103 a 106, incorporada al debate a folio 468, línea 18) no hubo orificios de entrada de bala a la valijera o joroba del Vehículo Honda donde se encontraba el hoy occiso cuando recibió el proyectil que le causó la muerte; asimismo se estableció que la bala se limpió únicamente en la camiseta del ofendido y no en otro cuerpo físico por el que pasara ante-

riormente, por ello se explica la existencia del anillo de enjugamiento, situación corroborada en el debate por la doctora Nuria Corrales Jiménez, Médico Forense, lo que establecieron atinadamente los juzgadores (ver folio 494, líneas 13 a 18). Precisamente, la ausencia de orificios de bala en la joroba del vehículo inevitablemente presupone una duda a favor del imputado que no es incompatible con los hechos probados y antes transcritos en lo conducente, el justiciable disparó una sola vez con la idoneidad necesaria para causar el resultado lesivo que nos ocupa. En el caso que nos ocupa el problema del conocimiento y de la voluntad de la acción realizada tienen una importancia trascendental, al punto que estos aspectos son los que distancian la solución de un mero problema de infracción al deber de cuidado. El tipo culposo también tiene aspectos de voluntad y conocimiento; no obstante, no son similares a aquellos indispensables para la tipicidad dolosa. En primer lugar, en el aspecto volitivo, que sí existe en el tipo culposo, se analiza la voluntad del sujeto para realizar el fin programado, con los medios predispuestos al efecto. En cuanto al conocimiento, el tipo culposo parte de un aspecto cognoscitivo que se concreta en una mera posibilidad, nunca es un conocimiento efectivo ya que si lo fuera la conducta no es culposa sino dolosa, adicionalmente, en este mismo aspecto, el juez debe analizar la posibilidad de conocer la peligrosidad de la conducta y de prever el resultado conforme a ese conocimiento. De esta manera, al igual que en la tipicidad dolosa, el tipo culposo requiere una congruencia entre los elementos subjetivos y objetivos que si no se verifica en la especie producirá el efecto de convertir la conducta analizada en atípica. Esto último puede suceder tanto porque el resultado es absolutamente imprevisible o está más allá de la capacidad de previsibilidad del sujeto (ignorancia invencible). En el problema jurídico que nos ocupa resulta más que evidente que el sujeto no puede alegar una posibilidad de conocimiento sobre la posibilidad de que el suceso se verifique, ya que dado el medio empleado para tratar de detener el vehículo éste permite hacer un cálculo de efectos concomitantes que permiten preveer el resultado de lesiones o muerte, resultado que el sujeto no acepta como posible pues piensa que por su habilidad y destreza en el manejo de su arma reglamentaria podrá evitarlo y así percute su arma impactando al ofendido. Acerca de la culpa consciente o culpa con representación en el subjúdice: Teniendo claro que un mero examen de tipicidad culposa resulta insuficiente para

> sustentar la decisión de esta Sala en torno al caso en examen, se hace necesario profundizar en el estudio de la culpa consciente o culpa con representación para poder separar la conducta de D. C. B. del dolo eventual que le fue atribuido por el a quo en el examen de tipicidad subjetivo. Como bien señala la doctrina contemporánea: el mero pensar en u ocurrirse, sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo (JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 2° edición, página 327). Es común en la práctica forense la confusión entre el dolo eventual y el dolus malus (aún cuando esta Sala acepta que nuestro derecho sustantivo a la fecha sigue la teoría del tipo complejo y por ello tal confusión no es ya admisible). D. C. B., movido por un excesivo celo en el ejercicio profesional y con el afán de lograr la detención de los sospechosos, disparó de manera temeraria contra el vehículo en el cual aquellos pretendían huir, pero no lo hizo de forma dolosa (lato sensu) sino que aunque se representó el resultado de lesiones o muerte como posible, no lo quiso ni lo aceptó ya que en un ejercicio mental apresurado se figuró que dicho efecto no se produciría gracias a su destreza o su buen hacer como tirador entrenado, por lo que sí es dable descartar la ausencia de dolo directo o eventual, siendo que de los hechos tenidos por acreditados puede derivarse válidamente la tesis por la que se decanta la Sala de Casación que es concordante con el principio universal de in dubio pro reo[230].

En el caso concreto que se ha citado, la Sala establece en forma clara, la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa con representación, en donde la naturaleza de una y otra, está dada, precisamente en la aceptación o no del resultado dañoso que se produce. Incluso en el dolo eventual, el autor no renuncia a la ejecución del hecho del que probablemente, o casi con certeza, puede seguirse un resultado, y no hace nada para evitarlo y se manifiesta para sí mismo, sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo. En la culpa con representación, por el contrario, confía imprudente en que el resultado no se producirá y hace todo lo posible por evitarlo[231].

---

[230] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 386-2003, de las quince horas, del veinte de mayo de dos mil tres.

[231] Ver Rodríguez Arroyo, **Óp. cit.,** p. 12.

Se ha tratado, en este apartado del módulo, de destacar los aspectos relevantes del delito culposo que también obligan al defensor y defensora públicos a dominar los principios de su aplicación práctica, con la finalidad de realizar una estrategia de defensa adecuada a los intereses de la persona que se representa.

Cada uno de los diversos aspectos referidos en la brevedad de esta exposición, requiere estudio, pero sobre todo, un sentido amplio de adaptabilidad, con el fin de ubicar estos conceptos dentro del caso concreto.

Por ejemplo, desde el punto de vista de la estrategia de defensa que se fije para un debate, el análisis del deber de cuidado al que está obligado un médico en una intervención quirúrgica, llevará más estudio y dedicación, que el mero establecimiento de ese deber de cuidado, con respecto de una persona que conduce un vehículo y provoca un accidente de tránsito. Lo que se quiere dejar claramente establecido con el ejemplo anterior, es que cada delito culposo implica y obliga al profesional de la Defensa Pública que ejerce la defensa técnica, a realizar la fijación concreta del deber de cuidado al que estaba obligado el agente. Este conocimiento en muchos casos demandará un gran esfuerzo por parte de dicho profesional, cuando el tema probandum, tenga por objeto, una materia con la cual no se está muy relacionado, por ejemplo, una acusación por mala praxis médica.

Por la naturaleza del delito culposo, se darán situaciones en donde la defensa técnica se vea obligada a incursionar en campos totalmente desconocidos, precisamente para establecer cuál es el deber de cuidado al que estaba obligado la o las personas acusadas en las circunstancias concretas; por ejemplo, el juicio de los sobreirradiados; en el juicio del incendio en el Hospital Calderón Guardia, etc. Esta situación no sucede en el campo de los delitos dolosos, en donde el margen de discusión es menos dinámico. Lo que se quiere dejar claro, es que el delito culposo, desde mi óptica, obliga a la defensa a realizar un esfuerzo mayor, e incluso, a ser sumamente analítico e investigativo con respecto al tema probandum.

CAPÍTULO III
LA ANTIJURICIDAD

SECCIÓN I:
ASPECTOS GENERALES

1. CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD

La antijuricidad constituye el segundo gran estadio de la teoría del delito; pero a ella se accede una vez que se ha comprobado que el hecho acusado, efectivamente se subsume en el tipo penal. Con ello se pretende establecer, si el hecho puede producir responsabilidad penal, y, por ende, si es antijurídico, lo cual se debe entender desde el punto de vista de que si el hecho es contrario a derecho, injusto o ilícito. Sobre tal concepto se expresa en doctrina:

> El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo[232].

Es antijurídica toda aquella conducta que contradiga el ordenamiento jurídico, salvo que se esté en presencia de una situación, en donde el mismo ordenamiento jurídico, faculta para actuar en contra de dicha norma. Pero tiene que concurrir en la especie, una causa de justificación que expresado en palabras sencillas, es una autorización que el mismo ordenamiento jurídico, da para actuar de tal forma que se afecta un bien jurídico considerado fundamental, permiso que como tal excluye la antijuricidad de la conducta. Por ejemplo, quien se defiende del ataque de un perro o de otra persona que lo agrede en forma ilegítima, no comete un acto injusto, aunque con ello lesione los derechos del agresor y realice el tipo de lesiones o, incluso, el tipo penal de homicidio. O quien sorprende a un antisocial en el interior de su vivienda y le dispara con la finalidad de salvaguardar su vida y la de su esposa e hijos que se encuentran durmiendo, no comete delito alguno, por cuanto su accionar se

---

[232] Muñoz Conde, Francisco. (2004), **Óp. cit.,Teoría General del Delito**, p. 65. **Véase igual sentido:** Elkhoury Jacob, Henry Issa. (2002). **Antijuricidad y Antinormatividad.** En Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica, Departamento de Impresos del Poder Judicial, San José, pp. 9 y siguientes.

encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico, a través de la existencia de una causa de justificación que señala que la conducta desplegada, no sea injusta y, por tanto, antijurídica. En estos mismos términos, se ha indicado:

> La realización del tipo no es suficiente, como vimos para establecer la ilicitud del comportamiento. Esta requiere que la realización del tipo no esté especialmente autorizada, es decir que sea antijurídica. En otras palabras, la cuestión de la antijuricidad no es otra que la de saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación[233].

En caso de la no concurrencia de ninguna causa de justificación, se está en presencia de una conducta antijurídica y, por ello, se tendría que avanzar al siguiente estadio de la teoría del delito, el cual es el de la constatación de la culpabilidad de la persona acusada.

2. DIFERENCIA ENTRE ANTIJURICIDAD FORMAL Y ANTIJURICIDAD MATERIAL

Con el término antijuricidad, se califica aquella acción que es contraria al ordenamiento jurídico y, a la cual, se le denomina como el injusto, o sea la conducta antijurídica misma. Además, se suele hacer una clara diferenciación entre antijuricidad formal y antijuricidad material, aunque ambas se relacionan en forma directa.

En este sentido, se manifiesta:

> A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material. Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno[234].

De la anterior cita se desprende que la antijuricidad formal, surge por la contrariedad que se da entre una acción y el ordenamiento jurídico. Pero para que surja la antijuricidad material, se requiere que dicha acción efectiva-

---

[233] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 57.
[234] Muñoz Conde, Francisco, **Óp. cit., Teoría General del Delito,** p. 66.

mente, afecte un bien jurídico protegido. Asimismo, se da entre ambos tipos de antijuricidad, una relación de género a especie, en donde la antijuricidad material es fundamental para efectos de que se realice una interpretación restrictiva de los tipos penales, por cuanto la misma implica que un hecho es materialmente antijurídico. Cuando es lesivo para bienes jurídicos, se habla entonces de la dañosidad social del hecho.

La relación entre la antijuricidad formal y material, ha sido analizada por la doctrina desde diversos matices, pues hay algunos que indican que al diferenciar entre antijuricidad formal y material, se alude a dos conceptos distintos de antijuricidad. Razón por la cual, se señala la tesis de la independencia; otros por el contrario, afirman que la antijuricidad formal y la material, se refieren a dos aspectos o perspectivas de un mismo concepto, por lo que se indica entonces la tesis de la correspondencia[235]. En este sentido, el autor español, Fernando Molina Fernández, después de debatir en forma amplia sobre estas dos teorías, concluye que:

> Entre antijuricidad formal y material hay, en consecuencia, una plena correspondencia: todo hecho formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito a la luz de lo que dispone el derecho. Ello no quiere decir que la perspectiva crítica no tenga importancia en el concepto de antijuricidad. Por un lado, si se examina como concepto de la teoría general del derecho, la antijuricidad debe responder a las necesidades sociales, y en esta medida los conceptos sociológicos o políticos de dañosidad social son fundamentales como referencia crítica del derecho positivo. Por otro lado, si la antijuricidad se entiende como antijuricidad penal, la situación es similar en cuanto a las valoraciones extrajurídicas, pero además y ya desde una perspectiva estrictamente jurídica, la creación y derogación de tipos penales debe responder también a los principios y valoraciones que presiden el ordenamiento jurídico, de manera que sólo sea penalmente el ilícito lo que deba serlo con arreglo a estos principios.
>
> Mediante esta distinción se examina el mismo hecho antijurídico desde dos perspectivas distintas: por un lado en cuanto comportamiento contrario a las disposiciones del ordenamiento jurídico; por otro en cuanto acto jurídicamente desvalorado por su contenido.

---

[235] **Véase la amplia exposición de estas teorías en**: Molina Fernández, Fernando (2001). **Antijuricidad Penal y Sistema del Delito.** José María Bosch Editor, Barcelona, pp. 45 y siguientes.

> La conclusión de que existe una plena correspondencia entre antijuricidad formal y material no prejuzga la solución que haya de darse ni la cuestión de si la contrariedad a derecho coincide con la contrariedad a la norma, ni la debatida cuestión de la graduabilidad del injusto[236].

Como se ha evidenciado entre antijuricidad formal y la material, se da una relación directa que en realidad lo que hacen es complementarse entre sí. No obstante, lo que prevalece es la constatación de la efectiva afectación del bien jurídico tutelado, pues de nada sirve una acción que contradiga el ordenamiento jurídico, si la misma no afecta en forma efectiva, un bien jurídico en particular, pues al fin y al cabo es lo que debe considerarse. En este sentido, se afirma:

> …la mera subsunción formal de la acción en el tipo no alcanza para afirmar la tipicidad; es necesaria, además, la concreta afectación del bien jurídico y que la acción caiga dentro del ámbito de prohibición de la norma[237].

De esta manera, se visualiza la antijuricidad formal como la contradicción entre la acción y la norma, mientras que la antijuricidad material, se refiere al menoscabo que sufre el bien jurídico protegido por la correspondiente norma. A su vez, la antijuricidad material es la que establece por qué razones el legislador ha conminado con pena, un determinado comportamiento que implica el menoscabo de un bien jurídico considerado esencial dentro del grupo social. De tal forma, con la lesión del bien jurídico, se afecta o se produce un daño a la comunidad.

El autor alemán, Hans-Heinrich Jeschek, con respecto al tema de la antijuridicidad material, hace un planteamiento importante y dentro de sus afirmaciones, refiere:

> a) La antijuricidad material es por de pronto la guía del legislador para establecer los tipos penales, así como la idea rectora de los órganos dedicados a la persecución penal, si tienen que buscar el precepto penal aplicable en el caso concreto. El punto de vista de la antijuricidad material permite, además, escalonar el injusto según su gravedad y expresar las diferencias graduales en la me-

---

[236] Molina Fernández, Fernando (2001). **Antijuricidad Penal y Sistema del Delito**, José María Bosch Editor, Barcelona, p. 56.

[237] Ver Silvestroni, **Óp. cit.,** p. 285.

dición de la pena. La contemplación material posibilita también la interpretación de los tipos atendiendo a los fines y representaciones valorativas que les sirven de base.

b) Una importante consecuencia de la consideración material de la antijuricidad es, además, la posibilidad de estimar una causa de justificación aun cuando, guardando silencio, la ley, la ponderación de bienes e intereses conforme a la misma revela que los fines y representaciones valorativas que subyacen en la norma jurídica deben ceder ante los bienes de superior rango y los intereses legítimos a los que sirve cada acción[238].

Hans-Heinrich Jeschek le señala dos funciones primordiales a la antijuricidad material. En primer lugar, como aspecto por considerar a efectos de la creación de nuevos tipos penales, si el tipo penal le da protección a un bien jurídico que se considera fundamental en el seno de la comunidad o grupo social, debe tipificarse dicha conducta a efectos de salvaguardar dicho bien jurídico. Bajo esta óptica, opera a la vez, como un límite en la medida que evita la tipificación de conductas, cuando no exista realmente un bien jurídico al que se le deba dar protección. En segundo lugar, como punto de análisis para verificar, si bajo ciertas condiciones o circunstancias, esa afectación de ese bien jurídico se encuentra justificado, como instrumento para salvaguardar bienes de superior rango.

3. LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Pero siempre dentro del análisis de la antijuricidad, se hace necesario investigar la existencia de otro elemento que forma parte de esta, y es la afectación del bien jurídico tutelado. Este tema es sumamente polémico y ha despertado criterios a favor y en contra, por lo que aquí no se puede ignorar, por cuanto un manejo adecuado del mismo, puede representar el dictado de una sentencia absolutoria.

En realidad se trata de un tópico que representa una importancia fundamental, cuando se analiza la antijuricidad, al cual se le conoce como la afectación al bien jurídico tutelado. Pero también se le conoce en la doctrina, como insignificancia, ofensividad o lesividad, ya que con todos estos conceptos manejan la misma idea. Seguidamente, se va ahondar un poco en el tema, para una mayor comprensión del mismo y su efecto en la antijuricidad.

---

[238] JESCHECK, Hans- Heinrich, **Óp. cit.**. pp. 211-212.

Antes de entrar a analizar la necesaria afectación del bien jurídico tutelado, como un elemento trascendental dentro de la antijuricidad, se hace oportuno referirse, en forma breve, a lo que ha sido el proceso histórico que ha seguido la teoría del bien jurídico. Por cuanto hablar de tal teoría, es hablar o analizar lo que se ha considerado el corazón mismo del derecho penal. Razón por la cual, no se puede pretender que se le dé la importancia que requiere el tema de la necesaria afectación del bien jurídico tutelado, ya propiamente en la práctica, si se desconoce dicho proceso histórico. Por lo que aunque sea a grosso modo, se procede a realizar un breve repaso a algunas de las notas características de dicho proceso, quedando abierta la posibilidad para que aquellos que quieran profundizar en su análisis, procedan a hacerlo.

El análisis del bien jurídico nos remonta en sus inicios con los aportes generados por la teoría de la lesión del derecho subjetivo de Feuerbach, sobre la misma se indica:

> Se ubica a Feuerbach como precursor de la teoría del bien jurídico en derecho penal a partir de su tratado, aparecido en 1801. Es seguidor de la filosofía de la ilustración, ancla sus raíces en la teoría del contrato social y por tanto, sobre esa base contractualista, jerarquiza el rol de los derechos subjetivos. Desde esta postura iluminista, Feuerbach individualiza entonces al derecho subjetivo como objeto de protección penal y, por ende, partiendo de la idea Kantiana de que el exceso en el ejercicio de la libertad lesiona un derecho de otro y actúa contra el fin del Estado, él concibe el delito como la lesión de un derecho subjetivo ajeno[239].

Feuerbach viene a establecer que el delito es la lesión de un derecho subjetivo. A partir de esta definición, se consideró núcleo de cada delito, la lesión de los derechos subjetivos de los miembros de la sociedad burguesa. Además, se consideró que el delito es una conducta socialmente dañosa que ofende antes que nada al Estado como garante de las condiciones de vida en común, y determina que este la penalice, aun cuando no se vea afectado directamente. Y como corolario de ello, se protege al individuo contra las arbitrariedades del Estado el cual con anterioridad sancionaba sin restricciones. Por tanto, se establece un límite claro, en cuanto a la potestad de sancionar a los ciudadanos. Sin duda alguna, genera las bases de la teoría de la lesión del derecho subjetivo y se constituye su aporte en un clásico producto iluminista, inspirada su ideología liberal, en la filosofía política de la revolucionaria

---

[239] Fernández, D. Gonzalo. (2004). **Bien Jurídico y Sistema Del delito.** Editorial B de F Ltda., Buenos Aires, p. 13. **Véase en igual sentido:** González-Salas Campos, **Óp. cit.,** p. 5.

declaración de 1789, la cual limita las prohibiciones a aquellas acciones perjudiciales a la sociedad.

Birnbaum continúa en el desarrollo del principio del bien jurídico tutelado, al cual se le atribuye haber acuñado el término bien jurídico en 1934, sobre el cual se apunta:

> Desde una tesis liberal, también, pero partiendo de la crítica de la teoría de Feuerbach, sostiene por primera vez que el delito no lesiona derechos subjetivos, como lo pretendía aquél, sino que sólo lesiona bienes. El objeto del ilícito, por tanto, según el natural uso del idioma, corresponde a la lesión de un bien y no del derecho… De ahí la concreción de esa idea del delito como lesión a un bien: el bien al que se tiene jurídicamente derecho es el objeto del derecho y, si aquél es sustraído o disminuido, el derecho permanece incólume y no se verá sin embargo disminuido ni sustraído. Entonces, el delito es toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano y dichos bienes deben ser garantizados de forma equivalente a todos por el poder estatal[240].

Se destaca del aporte de Birnbaum, su afirmación del hecho de que la acción delictiva no lesiona derechos, sino bienes y se distingue de Feuerbach, en que su posición no se fundamentó en ninguna concepción filosófica del Estado, sino que dio por aceptada, la necesidad de que exista el Estado para garantizar suficientemente los bienes de la sociedad; es decir, aquellos que por naturaleza, se hayan dado a los hombres y los que sean resultado del desarrollo de la sociedad, como unión burguesa. Además, Se le criticó que no logra precisar el contenido del bien, sobre la base del cual pretende construir una teoría material del delito, y bajo estas circunstancias, el criterio de que un objeto sea merecedor de protección penal, dependerá en última instancia, de una decisión política que inutiliza el concepto de bien jurídico, como valla limitadora del ius puniendi. Aunque se reconoce que su contribución fue permitir la distinción entre lesión y puesta en peligro; por otro lado, coadyuva a facilitar la clara diferenciación entre tentativa y consumación y, a su vez, al hablar de bien, se relaciona con una persona, por lo que permitió una objetivación de lo que antes estaba situado en la esfera puramente espiritual (el derecho subjetivo)[241].

---

[240] Ver Fernández, **Óp. cit.,**, pp. 15-16.
[241] Ver Fernández, **Óp. cit.,** p. 16.

Continuando con este ligero recuento histórico del bien jurídico, ahora nos encontramos con la teoría del positivismo jurídico de Binding, para lo cual se indica que:

> Después del fracaso de la Revolución Industrial, al racionalismo de inspiración hegeliana le sucede el positivismo, de cuño comptiano, que vendría a convertirse en la nueva justificación filosófica de las ciencias experimentales. El positivismo extrapola sin más el método de las ciencias naturales al terreno de las ciencias sociales y, desde una perspectiva acrítica, exenta de enfoques valorativos, acepta los fenómenos como realidades-sin cuestionarlos- y se limita a tratar de explicarlos. Desde el punto de vista político, se observa un franco fortalecimiento del Estado, al cual se le reconoce el poder público como un derecho, que se fundamenta en su capacidad de autolimitarse, en tanto el pensamiento liberal se formaliza, convirtiéndose así el Estado en un fin en si mismo. De ese caldo de cultivo emerge el positivismo jurídico, a cuya vanguardia penal se sitúa Kart Binding. El positivismo jurídico aspira a una teoría objetiva de la interpretación, derivada de la racionalidad interna del derecho. Binding significa pues la culminación del racionalismo, centrado exclusivamente en el derecho positivo y libre de toda consideración filosófica o metajurídica, puesto que se mantiene fiel al dogma hegeliano de la racionalidad incuestionable de la ley, en tanto ésta resulta un producto del Estado. Para él, el derecho está conformado por normas de deducibles de la ley penal y conceptualmente anteriores a ella, consistentes en un imperativo. Por consecuencia, el delito impone una contravención de esa norma imperativa que fundamenta deberes de actuar y de omitir y también configura la lesión del derecho subjetivo del Estado de mandar. Esto es, el delito implica la lesión del derecho subjetivo del Estado, que le permite exigir obediencia a los súbditos y actuar su potestad de imperio[242].

Esta teoría de Binding parte de que el bien jurídico es tal, por su calidad de bien para la vida jurídica, y se halla conformada por todo aquello que el legislador encuentra valioso para el desarrollo de la vida comunitaria, en la que está interesado el Estado. Así, se abren las fronteras para la actuación del Estado, por cuanto el bien jurídico surge de un mero juicio de valor del legislador, quien lo califica y categoriza, sin otro límite que su propia

[242] Ver Fernández, **óp cit.,** pp. 16-17.

consideración valorativa. En este sentido, el bien jurídico no es algo natural, sin que se traduzca en una mera creación del legislador y se constituye como violación de un deber jurídico. En suma, para Binding toda norma encierra en sí un bien jurídico y, por tanto, toda desobediencia a la norma es una lesión al bien jurídico que contiene aquella, y el bien jurídico es el objeto de poder del derecho, o sea, las personas, aspectos o situaciones positivamente valoradas por el legislador.

Sin embargo, se le ha criticado a esta concepción originada en un modelo autoritario, el concebir el delito como un acto de mera desobediencia apenas matizado por el bien jurídico, y que la creación de la norma misma, así como el bien jurídico, dependan de una decisión política.

Luego dentro de este rápido análisis del principio del bien jurídico, surge el positivismo naturalista de Franz Von Liszt, sobre el cual se indica:

> A quien se le atribuye ser el fundador del moderno sistema del delito, para ello parte de la premisa de que el bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico, una pura creación del legislador –como lo pretendía Binding- sino una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad, al cual la protección del derecho le confiere, precisamente la categoría de bien jurídico. El enfoque de marras importa pues una concepción trascendente del objeto de tutela penal[243].

En su teoría del delito,Franz Von Liszt colocó el bien jurídico como la columna vertebral. En su reflexión principal, se opuso a la teoría retributiva de la pena y se hizo partidario de las teorías relativas de la pena, y cuestionó el hecho de plantear el problema del fin del derecho penal, exclusivamente desde posiciones de las teorías absolutas o de las relativas de la pena y, a diferencia de Binding,analizó el objeto del delito no a partir del punto de vista de la ley, sino desde un ámbito más allá de lo jurídico, es decir, a partir del ámbito social, y definió el delito así:

> El delito es un acto contrario a derecho, es decir, un acto que contraviniendo formalmente un mandato o prohibición del orden jurídico implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico. Para Von Liszt, el bien jurídico forma parte de un enfoque naturalístico-positivo; por ello, hizo una tajante distinción entre las ciencias de la naturaleza humana y el concepto jurídico de su investigación. Del ámbito de las

[243] Ver Fernández, **Óp. cit.,** p. 21.

> ciencias de la naturaleza se determinan realidades y de ahí se extraen los bienes como objetos materiales de la teoría del delito, para posteriormente obtener de ellos los conceptos formales del delito. Por consiguiente, el concepto de bien jurídico era una idea limitada de la abstracción lógico-jurídica, en cuanto a la abstracción del derecho vigente y de acuerdo con las suposiciones hipotéticas de los fines que se persiguen. Así se distingue la posición de Von Liszt de la de Binding. El contenido material del injusto antisocial es independiente de la apreciación del legislador: Von Liszt señalaba al respecto: Un bien jurídico es un bien no del derecho (como Binding y otros suponen), sino de los hombres, reconocido y protegido por el derecho. El orden jurídico no crea el interés, sino que lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico[244].

El criterio de Von Liszt se sustenta en afirmar que el bien jurídico, es el interés jurídicamente protegido, o sea, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el derecho. En este sentido, la norma penal y la pena como reacción estatal, tienen por misión defender el bien jurídico, el cual no es un bien del derecho sino de los hombres, está en la realidad social y, por ello, se encuentra sujeto a su constante desaparición, mantenimiento o modificación. Esta situación, a su vez, señala que el Estado es el sistema y, por tanto, es quien fija el marco de las relaciones sociales e individualiza los bienes jurídicos merecedores de protección.

Asimismo, para entender la diferencia en los planteamientos formulados por Binding y Von Liszt, se indica:

> En Binding, el ius puniendi se legítima en la propia autoridad de la norma. Por ello sostiene que toda norma encierra un bien jurídico, producto de una decisión política del Estado. El bien jurídico responde a la fórmula inmanente: en suma, es un bien del derecho y la infracción de la norma es la violación del derecho subjetivo de obediencia que el Estado exige a los súbditos. Liszt por contrario, formula un concepto material de bien jurídico, que se desprende de las relaciones con la vida. Pero, como el sólo ejercicio del ius puniendi del Estado ya indica que media un interés social, resulta obvio que el Estado se convierte en árbitro absoluto, regulador y conformador de un modelo social[245].

---

[244] Ver González –Salas Campos, **Óp. cit.,** p. 21.
[245] Ver Fernández, **Óp. cit.**, p. 24.

Von Liszt afirmaba que la pena servía exclusivamente para proteger bienes jurídicos y señalaba que el derecho tiene por objeto, defender los intereses de la vida humana. También, identificaba estos intereses protegidos por el derecho, los identificaba con los bienes jurídicos, por lo que la función del bien jurídico es que relaciona en el ámbito de la sociedad, el precepto penal y la consecuencia jurídica, así como la prohibición y la sanción en sus efectos.

Bajo esta tesitura, los bienes jurídicos se derivan no del derecho, sino de los hombres, pero el derecho protege los intereses individuales o los de la comunidad. Por tanto, la acción delictiva tenía que darse sobre un bien jurídico, el cual era materializado. Los delitos lesionan la existencia de los intereses señalados por la ley, por ello, la dañosidad social debe determinarse de manera independiente del derecho positivo.

Y finalmente articuló Von Liszt su concepto de antijuricidad formal, como infracción de una norma estatal, y el injusto material, como el ataque a los directos intereses protegidos. En este sentido, el aporte de Von Liszt –con su concepción del bien jurídico- para la teoría del delito ha residido en el hecho de que en la teoría del delito se busque en la antijuricidad el aspecto material del injusto y no solo en la antijuricidad formal. En este sentido, se toma la idea de Von Liszt de la dañosidad social como la esencia de la antijuricidad material. Sin embargo, apenas resulta perceptible el fundamento de su teoría, pues lo antisocial no imposibilita la vida humana en común, sino la contradicción de los intereses del individuo o del Estado. Con este pensamiento, se pretendía evitar que hubiera delitos de mera desobediencia.

Otro criterio que debe considerarse en este recuento histórico de la evolución histórica del bien jurídico, es la teoría del neokantismo que aglutina a los penalistas afiliados a la Escuela de Baden o Escuela Sudoccidental alemana, la cual surge como una reacción antipositivista, como una reacción ante la cientificidad y la aversión filosófica impuesta por el positivismo, que a partir de Von Liszt, trabajaba bajo el paradigma de que los conceptos científicos son comprobables empíricamente, trasladando el método experimental de las ciencias naturales a la observación de los fenómenos sociales, y de los propios fenómenos jurídicos. Así para esta teoría, el bien jurídico se conceptualiza de la siguiente forma:

> En el plano del derecho penal, y específicamente, en torno al concepto de bien jurídico, la orientación neokantiana introduce un giro radical. Conforme lo explica con acierto Hormazábal, esta dirección neokantiana renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico y, en su lugar, centra su atención en el rendimiento teleológico del concepto, en su capacidad de erigirse en un criterio de in-

> terpretación, a partir de su fin de protección, o, lo que es lo mismo, del valor protegido[246].

La teoría neokantiana evade el problema del sustrato material del bien jurídico. Para ello formaliza dicho concepto y le otorga el valor de un principio teleológico, una categoría ligada al fin de la norma que se sintetiza en la idea de establecer, cuál fue la razón o motivo por el cual se creó la norma, lo cual funge como un criterio metodológico de interpretación.

Esta argumentación les permite a los seguidores de esta teoría, afirmar que el derecho penal es una ciencia cultural, pues le compete proteger los bienes de la cultura que son de carácter prejurídico –no creados, sino descubiertos por el derecho– y actúan como eslabones entre el mundo de los valores ideales y la realidad. Por lo que la lesión al bien jurídico, lejos de significar un cambio en el mundo exterior, aprehensible por los sentidos, implica antes que nada un resultado jurídico: la lesión de una parte de la cultura que es la cultura social. Además, la protección de ella, donde se ubican los valores ético-sociales, es el fin del derecho y a través de la protección jurídica, se constituyen los bienes jurídicos.

Por su parte, los representantes de la teoría neokantiana, señalan que el bien jurídico no es una cosa, persona o situación, tampoco un ente ideal, sino una categoría abstracta, no susceptible de ser delimitada en su contenido material que se traduce en el fin de la norma, el cual debe orientar la interpretación de los tipos.

Otra teoría que se ocupó de analizar el bien jurídico, fue el causalismo valorativo de Mezger, quien definió el bien jurídico de la siguiente forma:

> El estado en que se halla el interés medio que toma en cuenta el derecho y que aparece como objeto de protección. Y aclara todavía, que a su juicio, bien jurídico, objeto de protección y objeto de ataque son términos sinónimos. En el bien jurídico –sigue Mezger– poseemos, reducido a la fórmula más sencilla, el valor objetivo al que la ley penal concede su protección[247].

Se puede resumir el criterio seguido por esta teoría, señalando que considera el bien jurídico, como un valor que está protegido por la ley penal. E incluso señala que la determinación del bien jurídico, debe realizarse

---

[246] Ver Fernández, **Óp. cit.**, p. 25.
[247] Ver Fernández, **Óp. cit.,** p. 28.

siguiendo la ley, considerada como línea directriz obligatoria, pero al mismo tiempo y de modo necesario también, con arreglo al derecho supralegal, refiriéndose con ello que el total complejo de la cultura, es el presupuesto de la ley.

No obstante, luego de la posguerra hace un giro hacia la dogmática y reitera que el bien jurídico mantiene su base objetiva, aún allí donde las condiciones personales del autor han determinado la protección jurídica en un grado particular, con lo cual se repele esa intención que consiste en hacer del derecho penal vigente, un derecho penal de los sentimientos. El análisis de esta teoría pone de manifiesto que el mismo se inscribe, dentro de la línea de pensamiento teleológica de Honig y sus seguidores. Por lo que el bien jurídico para Mezger, es un valor objetivo, una suerte de formación intelectual que sirve a la interpretación teleológica del tipo de injusto, dado que constituye un concepto de síntesis, indicador del fin perseguido por la norma[248].

Las anteriores teorías pueden considerarse las principales, aunque no las únicas que se han referido al problema del bien jurídico tutelado, y para efectos de darle una pincelada de actualidad al tema, es oportuno acotar los comentarios que al respecto realiza el autor González Salas, en torno al tema del bien jurídico. Entre otros aspectos, señala lo siguiente:

> La doctrina penal ha buscado, con esfuerzos loables, encontrar el concepto material del bien jurídico y en esa búsqueda ha establecido criterios válidos que limitan la aplicación de la pena estatal; así, llegó a la conclusión de que todo lo que no se relacione con la protección de bienes jurídicos no debe sancionarse penalmente.
>
> Sin embargo, no ha sido posible encontrar el sustrato material del bien jurídico, mediante el cual se fijen los límites al ejercicio del ius puniendi, porque en él se refleja la complejidad en que se desenvuelve la sociedad moderna. Tampoco se ha podido formular un concepto de bien jurídico que permita resolver los problemas que se le plantean; esto se ve en las diversas críticas que la doctrina penal ha hecho. El concepto del bien jurídico no ha logrado establecer por sí solo los límites a la penalización.
>
> No se vislumbra que sea posible obtener un concepto de bien jurídico que sirva a todas las tareas que el derecho penal tiene encomendadas. Para idear un concepto material del bien jurí-

[248] Ver Fernández, **Óp. cit.,** p. 30.

dico, éste deberá contener todos los objetivos que tiene asignado el derecho penal; sin embargo, con ello sólo se llegaría a diseñar un concepto tan vago y amplio como las propias tareas, y funciones de dicha ciencia jurídica. Se debe reconocer la vaguedad del concepto del bien jurídico y aceptar que, además de oscuro, es espiritual e inmaterial. Quizás por ello algunos tratadistas han preferido sostener que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino solamente el funcionamiento de los sistemas, en tanto que otros asignan a tal bien meras funciones simbólicas o críticas, por la imposibilidad de encontrar el sustrato material propio.

El bien jurídico no puede cumplir con todas las tareas y funciones que competen al derecho penal; de ahí que sea válido formular severas críticas en contra del concepto del bien jurídico. Con todo, otra cosa es poder dar un concepto del bien jurídico tan amplio que permita responder todas las demandas que se le exigen y satisfacerlas, cuestión que no es fácil ni convincente. Como se dijo, se podría dar un concepto de bien jurídico en el que se utilizan todas las funciones que tiene asignado el derecho penal, pero con ello sólo se llegaría a determinar que dicho concepto es tan amplio como sus tareas y funciones.

No ha sido posible dar un concepto material de bien jurídico preciso, práctico y crítico que sirva para limitar materialmente al ius puniendi; por tanto, sólo se tendrían un concepto del bien jurídico vago e inconsistente. Pero no solamente hay que ver los defectos del bien jurídico en su vaguedad como concepto, sino que los esfuerzos realizados en la búsqueda de su sustrato material han rendido frutos importantes y han hecho que el derecho penal se vea obligado a limitar su ámbito de aplicación a lo que se considera justo y útil; por ejemplo: ha delimitado lo que es el bien jurídico como ámbito de protección y el objeto de la acción, con lo cual se ha acercado a delimitar cuáles son los comportamientos que se quieren prohibir con la norma.

No obstante que se reconoce que el bien jurídico no puede cumplir con todas las tareas y funciones que competen al derecho penal y que es factible realizar severas críticas al concepto del bien jurídico, como lo ha hecho la doctrina penal, cumple funciones importantes, a pesar de la vaguedad del concepto. Uno de los aportes más relevantes que ha dado la ciencia del derecho penal es que, a partir de la elaboración

> de la teoría del bien jurídico, se ha ideado el principio del bien jurídico.
>
> Al establecer que cada tipo penal debe proteger un bien jurídico, mediante tal principio se intenta que la sociedad y cada uno de su miembros sepan lo que en realidad protege el ordenamiento punitivo, y obliga tanto al legislador a determinar en cada tipo legal un bien jurídico, así como al juzgador en cada caso cuál es el comportamiento antijurídico que ha lesionado o puesto en peligro. En la determinación de dicho bien se emplea la razón ontológica y jurídica, con lo cual se permite participar en su crítica y postular razonadamente su revisión[249].

Todo el anterior proceso histórico que ha sido expuesto en forma muy resumida, ha tenido por objetivo principal, poner de manifiesto, la intensa lucha que se ha dado a través de un largo período en torno al tema del bien jurídico, sobre el cual puede afirmarse que sostiene el derecho penal, como potestad punitiva que lleva a cabo el Estado. Y se afirma que el mismo sostiene el derecho penal, por cuanto la protección de los bienes jurídicos considerados fundamentales o esenciales, es y ha sido siempre la preocupación del derecho punitivo.

No obstante, esa finalidad de tener plena claridad en cuanto a cuáles son esos bienes jurídicos que se protegen y se les brinda protección, a través de su resguardo en un tipo penal que conlleva el necesario señalamiento de una pena, y que ha sido considerado como la mejor expresión del principio de legalidad y de certeza jurídica, es criticada por aquellos que consideran que esa finalidad inicial, ha sufrido un severo cambio de orientación y que, actualmente, más bien se vive lo que Ferrajoli ha denominado ”La Involución de la doctrina del bien jurídico tutelado”. Por lo cual, se hace necesario revisar en qué consiste la misma, para efectos de tener un conocimiento claro sobre dicha problemática y cuáles son los fundamentos de esta crítica que, en razón de las funciones que a diario ejercemos en la Defensa Pública, no podemos dejar pasar inadvertido.

Sobre dicha crítica, el tratadista italiano afirma:

> Los esfuerzos de la ciencia penal moderna se orientan aunque sin grandes resultados, a la definición de estos intereses con la vana pretensión de encontrarles un fundamento objetivo u ontológico. Los conceptos en los que, desde hace

[249] Ver González-Salas Campos, **Óp. cit.,** pp. 119-120.

> dos siglos, se ha subsumido tales intereses y se han identificado en distintas formas la cuestión de la lesividad son, más o menos, los de daño criminal, objeto del delito y bien jurídico, que designan, respectivamente, la lesión de intereses, el interés lesionado y el interés protegido. Por ello, la historia de estos conceptos coincide, en buena medida, con la historia moderna del concepto de delito. Y se caracteriza por una ininterrumpida expansión de su significado, simultánea al progresivo desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos como de su función garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal[250].

Atendiendo la importancia de la crítica que refiere Ferrajoli sobre el pensamiento ilustrado que va de Thomasius a Feuerbach y Humboldt, de Benthan a Condorcet, de Genovesi y Filangeri a Romagnosi, Pagano y Carmignani, el objeto del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona; uno de los bienes fundamentales para cuya tutela, según Locke, nace el Estado y que son la vida y los medios que son necesarios para preservar la libertad, la salud, los miembros o los bienes. Este criterio fue posteriormente ampliado por J.M.F. Birnbaun, quien, sin embargo, continuó hablando en sentido axiológico de cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general, no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada.

Además, aún para el pensamiento de la Escuela Clásica, conserva una innegable base empírica, designando para Romagnosi, una cosa nociva para el bienestar ajeno; para Pellegrino Rossi un mal material; y para Carrara el mal sensible que el delito produce al violar el derecho atacado.

Continúa señalando Ferrajoli que, en la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo y en sintonía con la reacción anti-ilustrada y anti-garantista, (sic), estos conceptos perdieron toda función axiológica, ya que su significado no solo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella, y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la fidelidad.

Una vez más Hegel abre este proceso de abstracción e idealización ético-estatalista:

---

[250] Ver Ferrajoli, **Óp. cit.,** pp. 467-468.

> El derecho, contra el delito, nos indica, es sólo derecho en sí (…) En lugar de la parte lesionada aparece lesionado lo universal, que tiene su propia realidad en el tribunal y que se hace cargo de la persecución y castigo del delito, gracias a los cuales se realiza la verdadera reconciliación del derecho consigo mismo… como reconciliación de la ley que, por medio de la eliminación del delito, se restituye a sí misma. Tras la huella de Hegel desaparecerán progresivamente del horizonte de las teorías del bien jurídico los intereses materiales de los individuos de carne y hueso, para dejar su puesto, primero, a los intereses y la voluntad del estado, y, después, a la simple idea del derecho y del estado[251].

La crítica que formula Luigi Ferrajoli se establece en el sentido de que el criterio del bien jurídico, ha sufrido una expansión en cuanto a su rango de acción. Razón por la cual, lo que en un principio sirvió para frenar o señalar límites a la actividad punitiva que ejerce el Estado, en la actualidad más bien está sirviendo a la inversa, ya sea para que so pretexto de salvaguardar bienes jurídicos de difícil comprensión, se estén tipificando nuevas conductas. Por ello se afirma que se da un proceso, en donde en forma ininterrumpida, se origina una expansión del significado del bien jurídico y, en forma simultánea, un desvanecimiento, tanto de sus referentes empíricos, como de su función garante de los límites o condiciones que pueden justificar la prohibición penal.

La crítica de Ferrajoli no deja de tener razón, en la medida que cada día el principio del bien jurídico tutelado, da origen a la creación de nuevos tipos penales, en donde el señalamiento concreto de cuál es el bien jurídico al que se le presta protección, no es claro, por lo que el bien jurídico como marco de referencia, ha perdido la calidad de constituirse en un límite efectivo para la actuación de la potestad punitiva del Estado, en la medida que se tipifican conductas, en donde el objeto de protección es incierto. Asimismo, debe tenerse presente que, a mayor cantidad de tipos penales en una sociedad, habrá menor libertad para el ciudadano, por cuanto en la medida que existe una mayor cantidad de conductas que le están prohibidas, por ende, si se ejecutan será sancionado. Incluso otro sector de la doctrina se ha manifestado, en relación con la crítica de Ferrajoli, para lo cual se ha señalado:

> No cabe ignorar, en efecto lo que se ha dado en llamar la parábola involutiva recorrida por la teoría del bien jurídico, que nació supuestamente con vocación limitadora, con el

[251] Ver Ferrajoli, **Óp. cit.,** pp. 467-468.

> designo ostensible de servir de freno contra la arbitrariedad legislativa en materia de criminalización primaria. Esta primigenia función crítica o de garantía, llamada a gravitar en el momento legislativo debería poder determinar si la nueva norma penal proyectada tiene o no, detrás de sí, un bien jurídico verdaderamente merecedor de protección penal, por su peculiar entidad o importancia. No obstante, la realidad ha demostrado una utilización del concepto de bien jurídico en una dirección exactamente contraria, siempre distorsionada, tendiente a legitimar científicamente cualquier nueva incriminación.
>
> La mencionada parábola involutiva, el proceso de perversión del bien jurídico, permite constatar que, por desgracia, se lo ha utilizado históricamente -en demasiadas ocasiones- no ya para reducir la potestad penal del Estado, sino –antes bien-, para justificar cada nueva figura delictiva ante cuya inminente sanción, los juristas penales han corrido presurosos a a la búsqueda de un bien jurídico capaz de convalidarla. Así de ser un concepto limitativo, el bien jurídico ha pasado a funcionar en sentido inverso, como pivote de legitimación.
>
> Este grave error ha depreciado, sin duda alguna, la teoría del bien jurídico que, como fuera dicha, ha servido la mayoría de las veces para legitimar la inflación penal y el dictado de nuevas leyes penales incriminatorias, en lugar de operar como elemento limitador y reductor del ius puniendi del Estado; tarea para la que estaba eventualmente llamado a incidir, sopesando la entidad de los valores jurídicos involucrados en cada caso y, en la intervención penal proyectada[252].

Si analizamos la crítica que formula Ferrajoli a la teoría del bien jurídico, y lo hacemos atendiendo a lo que ocurre en la realidad jurídica nacional, terminamos por darnos cuenta de que efectivamente tiene razón dicha crítica, y que el criterio del bien jurídico tutelado, lejos de constituir un límite para la actividad punitiva del Estado, se ha convertido en la excusa perfecta para crear constantemente, nuevos tipos penales, con lo cual se restringe cada vez más la libertad del ciudadano.

Por tanto, la Defensa Pública debe estar siempre vigilante para que no se pretendan introducir los tipos penales; primero: conductas que no son subsumibles dentro de ella; y en segundo lugar: tipos penales que en realidad, no

---

[252] Ver Fernández**, Óp. cit.,** pp. 5-6.

dan resguardo a ningún bien jurídico, por lo cual podrían estar contrariando lo que al respecto señala el artículo 28 constitucional.

Luego de haberse expuesto el proceso histórico seguido por la teoría del bien jurídico tutelado, así como la crítica que formula Ferrajoli, al proceso que ha denominado la involución de la teoría del bien jurídico tutelado, se hace más fácil analizar y entender el tema de la necesaria afectación del bien jurídico tutelado y la forma cómo ha sido tratado en nuestro país.

Se señaló al inicio de este tema, que los tipos penales salvaguardan bienes jurídicos considerados fundamentales, en el seno de una sociedad. Bienes jurídicos que obviamente pueden variar de una sociedad a otra. En este sentido es claro que para la sociedad China por ejemplo, esos bienes jurídicos están circunscritos por una serie de aspectos de naturaleza cultural, religiosa, política, etc., mientras que para la sociedad costarricense, operan otras circunstancias que tienen incidencia directa en la determinación de a cuáles bienes jurídicos se les brinda protección. Ejemplo de lo anterior es la orden de detención decretada hace unos pocos días (principios de mayo del 2007) en la India, en contra del actor estadounidense Richard Gere, por cuanto en un espectáculo que se transmitió en un canal nacional, tuvo la osadía de besar a la copresentadora del espectáculo en donde cual se presentó, acción que desde el punto de vista cultural, va en contra de las costumbres de aquel país.

Si el derecho penal brinda protección a aquellos bienes jurídicos considerados fundamentales, para lograr la efectiva convivencia social, debe partirse del criterio de que la imposición de una pena, sólo podrá darse en la medida que se verifique la concreta afectación del bien jurídico protegido en la norma penal. Tal requisito tiene incidencia directa en la antijuricidad de la conducta que se acusa. De tal forma, esta problemática se manifiesta como de vital importancia y la misma no puede ser descuidada por los profesionales de la Defensa Pública, pues se trata de un aspecto que, en un sistema constitucional de derecho como el proceso penal costarricense, tiene que ver incluso con la legitimidad del ius puniendi.

Tómese en consideración que el derecho penal es un derecho constitucional aplicado, por lo que la necesaria afectación del bien jurídico tutelado, tiene que ver en forma directa, con la legalidad y la legitimidad del sistema penal, y nosotros fungimos un papel protagónico que nos demanda ser fiscalizadores asiduos del cumplimiento de este requisito que forma parte esencial del debido proceso.

Sobre la necesidad de la afectación del bien jurídico tutelado, se ha señalado:

> Se hablará, entonces de la vigencia penal del principio de ofensividad o lesividad u ofensión, para expresar el dogma nullun crimen sine injuria, esto es, que todo delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delio que no la realice. El delito, pues, conlleva la exteriorización y materialidad de un hecho y, al mismo tiempo, que con tal hecho se dañe un bien jurídico protegido.- se va a diferenciar así el delito de las simples actitudes interiores, de un lado y, de otro, de los hechos materiales no lesivos de bien alguno[253].

En primera instancia, se indica que el principio del bien jurídico ha sido establecido, en aras de lograr imponer un límite al ejercicio de la potestad punitiva que lleva a cabo el Estado. Así por ello se afirma que:

> Mediante este principio se pretende imponer un límite material al ius puniendi, en cuanto a que limita al legislador como juzgador en la imposición de las sanciones penales, para que no castigue comportamientos que no sean lesivos de bienes jurídicos, ni los pongan en peligro. Al juzgador lo limita en cuanto a que si no se prueba que un comportamiento ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, no podrá imponer sanción alguna[254].

En igual sentido, se ha indicado:

> Ya hemos afirmado que el poder penal no puede recaer sobre algo que no sea un conflicto. En este sentido, el concepto de bien jurídico nos señala ese límite: será un bien jurídico un conflicto en el que el Estado puede intervenir con el poder punitivo (siempre claro está, limitado por los otros principios y también que sea el último recurso disponible). En esta dimensión, la idea de bien jurídico se opone al castigo a la mera infracción como desobediencia[255].

Se establece esta limitación en dos sentidos; el primero dispone que no se deben tipificar conductas que no afecten bienes jurídicos considerados fundamentales; es decir, un requisito fundamental para crear un tipo penal,

---

[253] Ver Cobo del Rosal, Vives Antón, **Óp. cit.,** p. 247.
[254] González –Salas Campos, **Óp. cit.,**, p. 67.
[255] Ver Binder, **Óp. cit.,** p. 162.

es la necesidad de dar resguardo jurídico a un bien jurídico que se considera esencial o fundamental para la convivencia social. Y, en segunda instancia, se manifiesta en un claro límite para el juzgador, en razón de que no debe imponer sanciones, cuando no se logre acreditar que la conducta desplegada (acusada), ha afectado un bien jurídico considerado fundamental. En este sentido, es decir, la pena por imponer requiere la necesaria demostración de la afectación del bien jurídico que se protege con la norma penal. Solo una vez que se ha demostrado la afectación del bien jurídico fundamental, existe la posibilidad de imponer una pena.

Revisando un poco este tema y las fuentes bibliográficas, encontré un artículo de dos insignes estudiosos de la teoría del delito en nuestro país, el cual apareció en la Revista de Ciencias Penales en julio de 1993, denominado: Bien Jurídico y Derecho de Castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia surgida de la Sala Constitucional, los cuales fueron realizados por Henry Issa (Q.D.g) y Alfredo Chirino. De esta forma, establecieron una serie de importantes aportes relacionados a lo que implicaba tener la afectación del bien jurídico tutelado, como parte integrante de la tipicidad. Realizaron este artículo, teniendo como origen una sentencia dictada por la Sala Constitucional de nuestro país.

Entre otros aspectos importantes, primeramente Henry Issa y Alfredo Chirino, en este artículo, establecieron una definición de lo que debe entenderse por bien jurídico, para ello señalaron:

> ¿Qué es bien jurídico? Si aceptamos que los seres humanos somos el centro del quehacer social -en tanto el postulado principal de la república es, precisamente, el ser humano-, podría decirse que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales. La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos (en el tanto la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios). Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio sólo del derecho represivo, sino del derecho, como regulador de relaciones interpersonales y sociales[256].

[256] El-khoury Jacob, Henry Issa, Chirino Sánchez, Alfredo. (1993). **Bien Jurídico y Derecho de Castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una Sentencia de la Sala Constitucional.** En Revista de Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, año 5, número 7, p. 3.

También en la jurisprudencia nacional, se ha afirmado con respecto al bien jurídico lo siguiente:

IV.- La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: Costa Rica es una República democrática, libre e independiente; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva. (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho.

V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525-93 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: Al disponerse constitucionalmente que

> las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión encaje abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público que no perjudican a tercero[257].

Este fallo de la Sala Constitucional pone de manifiesto esta doble vertiente que se manifiesta sobre el bien jurídico: primero, las limitaciones que deben considerarse al tipificar una conducta en una norma penal. Estas limitaciones surgen de lo que establece el artículo 28 constitucional, cuando indica que nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Y la segunda limitación surge cuando el juzgador realiza el análisis de la conducta acusada, no bastando para la imposición de la pena la constatación de la subsunción de la conducta en el tipo penal, sino existe o no se da con dicha conducta juzgada, la verificación de una real afectación del bien jurídico que protege dicha norma penal. Esta limitación opera en los ámbitos legislativo y judicial.

Sobre la necesaria afectación del bien jurídico tutelado, en la doctrina nacional se ha indicado:

> Por su parte, el artículo 28 constitucional en relación con el artículo 39 citado, subraya el requisito indispensable de la tutela de Bienes Jurídicos o principio de ofensividad (FERRAJOLI), principio que aparece también como una garantía doble para el ciudadano, ya que es una limitante al Poder Legislativo para construir nuevos tipos penales (y de allí regular nuevas esferas de libertad del ciudadano) y también un límite para el operador judicial, quien en virtud del principio de reserva y de ofensividad no puede aplicar aque-

[257] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1588-1998, de las dieciséis horas con veintisiete minutos, del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Casación Penal, mediante resolución de las diez horas con diez minutos, del veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete, dictada en el expediente 96-000463-365-PE, proceso seguido contra M. S. D. por el delito de tentativa de estafa, respecto del artículo 24, última frase del Código Penal.

> llos tipos penales que no tutelen un bien jurídico específico. Así, tenemos que el ius puniendi del Estado costarricense está limitado no sólo por los elementos del tipo penal, sino que también es necesario constatar que la conducta lesione, significativamente, el bien jurídico que necesariamente debe contener todo tipo penal, ya que una descripción penal sin bien jurídico (y este es un axioma constitucional, a partir de la resolución en comentario) no puede ser aplicada para justificar una sanción[258].

Además de establecer un concepto sobre lo que debe entenderse por bien jurídico, los autores establecen la importancia que representa el bien jurídico tutelado, como integrante de la tipicidad, señalando que la necesaria afectación del bien jurídico tutelado, siempre debe ser requisito indispensable para el dictado de una sentencia condenatoria, por lo que debe constatarse la efectiva afectación del bien jurídico tutelado, para que de esa forma, se justifique una sentencia.

Desde esta óptica, la comprobación de la afectación del bien jurídico tutelado, viene a representar por una parte la justificación para el dictado de una sentencia condenatoria; pero a su vez viene a darle legitimidad a la actividad represiva ejercida por el Estado a través del proceso penal. Por ello se indica que no basta la mera constatación de que la conducta acusada efectivamente se subsuma en el tipo penal, pues debe acreditarse la afectación del bien jurídico que protege la norma penal. Es decir, la subsunción de la conducta acusada debe darse en el tipo penal; pero no es suficiente por sí misma para justificar el dictado de una sentencia condenatoria, aspecto fundamental por el cual, el defensor y defensora públicos, deben estar atentos siempre para exigir la constatación de la real afectación del bien jurídico tutelado y no la simple subsunción de la conducta acusada en el tipo penal.

Se debe llamar la atención sobre este punto en particular, ya que por lo general, los jueces penales realizan una aplicación automática de subsunción de la conducta acusada y acreditada con respecto al tipo penal, y la situación no es tan sencilla. Incluso los defensores y defensoras, al igual que el Ministerio Público, nos hemos limitado a ser meros espectadores de tal proceso, sin pedir o ir más allá que ese proceso de subsunción. La necesidad que se verifique la existencia de una afectación del bien jurídico, se manifiesta como una garantía más a favor de la persona que representamos; pero además como un claro límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado

---

[258] **Ibíd**., p. 6.

También señalaron estos autores nacionales, en cuanto a la relación entre el tipo penal y el bien jurídico tutelado, lo siguiente:

> El bien jurídico sólo es posible conocerlo dentro del tipo penal, ya que la conducta que supone el tipo penal se entiende que lo cumple íntegramente sí y solo sí ha lesionado el bien jurídico penalmente tutelado, no existe otra manera racional de conocer el objeto de protección más que por la misma descripción penal. Así las cosas, el bien jurídico establece para el juez un trascendental esfuerzo exegético ya que el injusto (conducta contraria al Derecho) sería jurídico-penalmente analizado sólo cuando, además de contrariar lo dispuesto por la norma, lesione significativamente o ponga en real peligro un bien jurídico penalmente tutelado. Esto hace que el bien jurídico, como concepto perteneciente a la Ley, tenga implicaciones trascendentales para el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta[259].

En la jurisprudencia nacional también la afectación del bien jurídico tutelado, ha sido objeto de análisis, en diversas resoluciones de los diferentes tribunales, así en una de ellas se ha señalado:

> El principio de insignificancia tiene aplicación cuando se aprecia que existe una adecuación formal de la conducta verificada en el mundo de la vida con lo descrito por el tipo penal, y, cuando analizada la lesión al bien jurídico en esta sede de la tipicidad, resulta que su lesión o puesta en peligro es poco significativa o importante. El papel del bien jurídico como herramienta de análisis típico ha sido subrayado claramente por nuestra Sala Constitucional en su jurisprudencia, camino iniciado con el fallo 525-93 seguido por otras igualmente importantes resoluciones como los Votos 6410-96; 5373-96; 2030-98, en donde se manifiesta con claridad que no se puede estar únicamente a la mera adecuación formal de la conducta para tener por afirmado el juicio de tipicidad, sino que aún es necesario constatar la lesión al bien jurídico. El principio de insignificancia indica que cuando se constata que esa lesión del bien jurídico es poco significativa o importante, entonces la conducta es atípica. Este principio fue adoptado por Claus Roxin, importante jurista alemán, quien ya en los años setenta consideró, con razón, que una activi-

[259] **Ibíd.,** p. 7.

> dad estatal de persecución en estos supuestos es totalmente desproporcionada. Es por ello que se ha dicho en nuestro medio que... el derecho a castigar no puede implicar en modo alguno el castigo absoluto y definitivo de todos los hechos, incluso de aquellos que de manera nimia y poco importante lesionan o ponen en peligro el bien jurídico penalmente tutelado. Solo podrán castigarse aquellas conductas que afecten significativamente la relación de disponibilidad que revela el ente que ha sido elevado al nivel de bien jurídico. Lo que en este examen resulte nimio, poco importante o insignificante en relación con la entidad del bien jurídico penalmente tutelado habrá de quedar fuera y descartado de la actividad del sistema de justicia penal, en la medida que el sistema penal sea consecuente con este objetivo, podrá alcanzar alguna cuota de justificación a su operación en el marco del Estado de Derecho. (Chirino Sánchez, Alfredo, Acerca del Principio de Oportunidad e insignificancia del hecho, en: Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal, San José, Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales, 1996, I. Edición, p. 123, con más referencias sobre el tema). Volviendo al análisis de la especie se nota que el tribunal hace una aplicación incorrecta del principio de insignificancia, ya que no era necesario llegar hasta el análisis de la intensidad de lesión del bien jurídico, si se tenía como debidamente comprobado que lo realizado por el acusado eran actos preparatorios impunes, análisis que, por otra parte, requiere una mejor consideración por parte del a quo. Por las razones expuestas, debe declararse que ambos razonamientos de la sentencia se excluyen entre sí y contribuyen a dejarla sin la debida fundamentación[260].

También en una resolución que se refirió a un supuesto delito de portación de arma, pero que en realidad esta no funcionada, pues se encontraba descompuesta, ante el recurso de casación de la Defensa Pública, en el cual se alegó que no existía afectación del bien jurídico, el Tribunal de Casación Penal indicó:

> Tal como lo hace ver la defensa, la Sala Constitucional se ha pronunciado reafirmando el contenido del artículo 28 constitucional en el sentido de que aquellas conductas que no afec-

[260] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto 1038-98, de las nueve horas con diez minutos, del treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

ten la moral y las buenas costumbres se encuentran fuera del ámbito punitivo del Estado. Este tribunal también ha considerado la lesión al bien jurídico tutelado como un elemento integrante de la antijuridicidad material, que debe concurrir para que haya disparidad entre el hecho y la disposición legal prohibitiva. Se ha dicho al respecto que: …otras máximas que inspiran el Derecho Penal como lo son el principio de proporcionalidad entre hecho y sanción, y la premisa filosófico-jurídica que sitúa el Derecho Penal como derecho residual o fragmentario, como última ratio y no como única ratio para la solución de conflictos en la sociedad. Una conducta humana, para que sea merecedora de sanción penal, debe afectar de manera concreta y plena algún bien jurídico, pero no de forma tangencial o mínima, ya que en tal caso se incurriría en una aplicación meramente formal de las normas penales, sin ningún contenido real. (Art 28 y 39 de la Carta Magna). Como bien lo puntualiza Susana Huerta Tocildo en la página 20 de su obra Sobre el contenido de la antijuridicidad, Editorial Tecnos S. A., 1984: ...para que una conducta pueda ser calificada de antijurídica, no basta con que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico - desvalor de resultado - sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (desvalor de acción). (Sentencia del Tribunal de Casación 00639-00 de 21 de agosto de 2000. También se ha considerado el tema en las sentencias 01021-2002 y 00948-2003 de este mismo Tribunal). Tratándose de la Ley de Armas, el legislador ha considerado que la seguridad de los ciudadanos es un bien jurídico digno de tutela y ha dispuesto una ley que establece cuáles armas son permitidas y los requisitos para obtener la autorización para su posesión o transporte, y cuáles armas, por su potencial ofensivo no deben estar en manos de las personas de derecho privado. Ha sido reiterado en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, que para que se configure algunos de los delitos de dicha ley debe evidenciarse algún peligro real o potencial para la seguridad ciudadana, que logre vulnerar el bien jurídico tutelado (Sentencia 870-2002 de 16:25 hrs. de 18 de octubre de 2002), de tal forma que si la conducta no alcanza tal estado lesivo, no existe antijuridicidad material y por ello la figura no constituye delito. En un caso similar al que se conoce se afirmó que: Era esencial determinar si el estado del arma permitía su funcionamiento o no, porque de ello dependía la posible puesta en peligro o el simple peligro para el bien ju-

rídico protegido por el artículo 88 de la Ley de Armas. En el fallo en cuestión se admite una duda sobre el particular (folio 49), es decir, no se sabe si realmente la aportación del arma decomisada representaba algún peligro para el bien jurídico protegido por el 88 de la Ley de Armas y Explosivos. (Sentencia 1032-2003 de 11:32 hrs. de 16 de octubre de 2003. En sentido similar ver al respecto la sentencia 992-2003 de 11:15 hrs. de 30-09-03). El reclamo que la parte plantea presenta alguna similitud con los fallos citados, pues se indica que el arma AK47 que se le decomisó a los imputados no funcionaba y así fue indicado en el dictamen respectivo, en consecuencia, no tenía capacidad potencial de causar peligro alguno. Examinado el dictamen rendido por el Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, tenemos que *el arma referida no dispara, ya que le falta el percutor y su recámara y cañón están obstruidos* (f. 48-49), en consecuencia la misma carecía de capacidad de causar un peligro real o potencial para las personas, por lo que en cuanto al arma mencionada sí es viable aplicar los precedentes citados, que relevan de responsabilidad criminal cuando se descarta la lesión al bien jurídico tutelado. Respecto de las otras armas encontradas a los imputados, a saber un revolver calibre 38 y una pistola calibre 6.35, la tenencia y disponibilidad de las mismas por parte de los imputados, no podría aceptarse la argumentación de la parte impugnante, porque una arma se localiza en la puerta del lado del conductor y es Carranza quien conduce el automotor y Aguirre por traerla en la cintura, lo cual sí infringe el bien jurídico tutelado, pues no se trata de su sola tenencia – como se indica en el recurso - sino su disponibilidad para ser utilizada en forma inmediata y en un segundo término que han evadido la autorización para su tenencia, evadiendo de esa forma el control estatal, por lo que ambos aspectos han vulnerado el bien jurídico tutelado[261].

Como ha quedado de manifiesto, a través de esta breve exposición sobre el bien jurídico tutelado y la necesidad de que se verifique la afectación del mismo, se constituye tal requisito en una regla esencial que debe cumplirse en el proceso penal, para que se imponga una sanción.

---

[261] **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 98-2004, de **las** horas catorce horas con treinta y nueve minutos, del doce de febrero de dos mil cuatro.

En este sentido, los profesionales de la Defensa Pública tenemos una gran obligación, pues en cada sentencia dictada de carácter condenatorio, el juez a través de la fundamentación correspondiente, debe hacer el señalamiento concreto sobre cuál es la afectación sufrida por el bien jurídico tutelado que se produjo con la conducta ilícita acreditada. Tal argumentación incluso puede ser utilizada en las conclusiones para solicitar la absolutoria y, en caso de que tal alegato no prospere, se debe llevar dicha discusión a la vía de casación. Esta observación es importante en la medida de que por lo usual, los jueces de juicio se han limitado en la práctica. a llevar a cabo el proceso de subsunción de la conducta acusada en el tipo penal, por lo que una vez establecido este proceso, se procede a imponer la pena, sin ulterior análisis de la necesaria afectación del bien jurídico tutelado. Por lo tanto, la tarea que compete a la Defensa Pública en este campo, es grande y requiere clara conciencia de la necesidad de prepararse técnicamente para tales efectos.

4. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

4.1. ASPECTOS GENERALES

Interesa ahora analizar las causas de justificación que, para la defensa técnica en el proceso penal, se manifiestan con una importancia fundamental. Por cuanto a través de las mismas se demuestra que si bien una persona ha obrado en perjuicio de un bien jurídico esencial, ha sido en defensa de otro de igual o superior valor.

No obstante, la demostración de las causas de justificación, encuentra muchos obstáculos, en cuanto a su aplicación en nuestro sistema penal, tanto por los jueces que conocen la audiencia preliminar, en donde por lo general se alega su aplicación, como por los mismos jueces de juicio en el debate.

Tal situación se debe desde mi óptica, a que dichas causas de justificación, por lo general, son mal entendidas y aunque no exista un discurso en tal sentido, parece que los jueces creen equívocamente que, al aplicar una causa de justificación, están colaborando con la impunidad. Todos estos conceptos erróneos hacen más difícil que en la práctica diaria, se acojan los alegatos en tal sentido, por lo que el trabajo de la defensa técnica requiere redoblar esfuerzos para lograr su efectiva aplicación.

Al contrario, me parece que ha sido la Sala Tercera quien, en muchas ocasiones, le ha dado la razón a la Defensa, acogiendo sus alegatos en cuanto a la falta de aplicación de estas causas de justificación.

El alegato de una causa de justificación en la audiencia preliminar, pero principalmente en el debate oral y público, requiere un verdadero planeamiento de la estrategia por seguir de parte del o la profesional de la defensa, por cuanto el manejo que se realice de la prueba por recabar, testimonial y documental, es fundamental para lograr dicho propósito, e incluso la declaración indagatoria del encartado.

Todos estos aspectos resultan esenciales, cuando se analiza el tema de las causas de justificación, pero a continuación, acordes con la naturaleza de este texto, se procede a establecer los aspectos generales de las causas de justificación, lo que atrevidamente podría llamarse una teoría general de las causas de justificación, para luego analizar en forma individual, algunas de ellas, entre las cuales están: la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Se ha optado por el estudio de estas causas de justificación, atendiendo a que en la práctica, son quizás las que más se presentan, razón por la cual, los defensores y defensoras públicos, están obligados a tener un manejo adecuado de los requisitos que requiere cada una de ellas; por tanto, un interés práctico demanda su adecuado estudio.

Las causas de justificación han sido definidas así:

> Conforme a lo anterior, en la estructura tripartita del delito, que sigue la doctrina dominante, la cual distingue entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, las causas de justificación pertenecen a la antijuricidad. El juicio de antijuricidad definitivo se da en un caso concreto cuando ha ocurrido la realización del tipo penal y no existe una causa de justificación. Las causas de justificación son, desde el punto de vista, principios jurídicos que establecen permisiones bajo determinadas circunstancias; es decir que dejan sin efecto el tipo prohibitivo (que prohíbe o que manda algo), en tanto que cuando ellas existen el comportamiento típico no es antijurídico[262].

Varios aspectos importantes se deducen de la cita anterior. Primero, el estudio de las causas de justificación se realiza dentro del nivel de la antijuricidad; segundo, la antijuricidad solo existirá ante la ausencia de causas de justificación; y tercero, la presencia de una causa de justificación se manifies-

---

[262] Castillo González, Francisco. (2004). **Legítima Defensa**, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica. p. 173.

ta, como un permiso que faculta al ser humano a realizar el tipo penal, bajo circunstancias concretas.

También se afirma al respecto:

> La teoría de la antijuricidad tiene por objeto estudiar, bajo qué condiciones se puede afirmar que la acción, además de típica es también contraria a derecho.
>
> Esta tarea presupone que ya ha quedado establecido que el hecho está objetiva y subjetivamente subsumido en un tipo legal, lo que establece una presunción de ilicitud. Sin embargo, de allí no se deriva necesariamente la antijuricidad, pues dicha presunción cede cuando el Derecho contiene una norma que autoriza la comisión del hecho típico. Esas normas son las causas de justificación. En consecuencia, una causa de justificación es un permiso para realizar un tipo legal[263].

De la anterior forma queda establecida la naturaleza de la causa de justificación, como una autorización que regula el mismo ordenamiento jurídico a efectos de llevar a cabo, la comisión de un delito. Obviamente se autoriza atendiendo motivos o circunstancias especiales que la misma normativa señala. Y precisamente esa autorización elimina el carácter antijurídico de dicha acción. De esta manera, no puede ser antijurídica una acción, cuya realización está permitida por el derecho.

En el mismo sentido, se ha indicado:

> Junto a los mandatos y prohibiciones encontramos en la teoría jurídica del derecho penal otras proposiciones que se caracterizan porque conceden una autorización o permiso para realizar la acción prohibida por la norma o para omitir el comportamiento que ésta impone. Estas autorizaciones o permisos constituyen la base de las causas de justificación legisladas en las leyes penales. Se trata de proposiciones que son independientes de las normas. Mientras las normas ordenan comportarse de una manera determinada (omitiendo lo prohibido o haciendo lo mandado), las autorizaciones o

---

[263] Righi, Esteban y Fernández, Alberto A.(1996). **Derecho Penal: La Ley, El delito, El Proceso y la Pena.** Editorial Hammurabi S.R.L., p. 189. Buenos Aires. **Véase en igual sentido:** Luzón Peña, Diego-Manuel. (1995). **Causas de Atipicidad y Causas de Justificación**, En Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal. Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, coordinadores. Editorial Aranzadi S.A., España, p. 32.

> permisos que dan el fundamento a las causas de justificación neutralizan la prohibición o el mandato de acción en circunstancias concretas[264].

Se indica que las causas de justificación neutralizan el mandato de la norma, porque precisamente, lo que hacen es conceder una autorización ante la concurrencia de ciertas circunstancias, para no realizar u omitir lo que indica el tipo penal. Bajo esta situación, quien actúa al amparo de una causa de justificación, lo hace conforme al ordenamiento jurídico, es decir, su actuación es lícita. Por consiguiente, al ser lícita su actuación, el análisis de la conducta cesa precisamente en la antijuricidad y no se debe avanzar hasta el próximo estadio de la teoría del delito, o sea no se llega a la culpabilidad. Si la conducta se tiene por acreditada lo fue actuando bajo el amparo de una causa de justificación. Así la conducta deja de ser antijurídica, aunque la misma es típica por encuadrar dentro de los preceptos de un tipo penal, pero nada más. La conducta es típica, pero no antijurídica.

Un aspecto sobre el cual no se va a ahondar en este módulo, pero que vale la pena mencionar, es la teoría de los elementos negativos del tipo, a la cual se alude en doctrina. Con esta teoría, se hace referencia a la constatación de la existencia de causas de justificación que por su naturaleza, eliminan la antijuricidad de la conducta investigada. De esta forma, la teoría de los elementos negativos del tipo, sostiene que cuando se formula el juicio de tipicidad, también se formula el juicio de antijuricidad. El carácter de las justificantes es el de los elementos negativos del tipo, ya que delimitan el tipo positivo (la conducta que es verdaderamente antijurídica por ser típica). Aunque lógicamente se pueden diferenciar dos tipos: uno positivo y otro negativo; prácticamente, al cumplir ambos la misma función, se puede hablar de un tipo (total), en donde se ensamblan los mandatos prohibitivos con las normas permisivas[265].

En igual sentido, en la doctrina nacional sobre esta teoría, se ha señalado:

> De acuerdo a la teoría llamada de los elementos negativos del tipo no existe delito cuando la acción está cubierta por una causa de justificación. Partiendo de lo anterior, considera esta teoría que los presupuestos de una causa de justificación son elementos negativos del tipo injusto total, con lo cual afirma una estructura del delito constituida únicamente por dos elementos: el tipo injusto y la culpabilidad. Consecuentemen-

---

[264] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 61.
[265] Ver Creus, **Óp. cit.,** pp. 220-221.

> te, esta teoría considera que los elementos de hecho de una causa de justificación deben ser abarcados por el dolo y que un error de tipo permisivo produce la exclusión del dolo [...] Contra la teoría de los elementos negativos del tipo se ha dicho que desconoce la independencia de las normas permisivas y que con ello mezcla la conducta atípica con la conducta justificada. Lo cierto es que esta teoría no es compatible con la estructura de tres elementos que tiene el delito[266].

4.2. LAS FUENTES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Se pretende ahora dar respuesta a estas dos interrogantes: ¿Cuál es el origen de las causas de justificación? ¿De dónde surgen?

Otro aspecto que se debe tener claro, es que las causas de justificación no solo son las que regula en forma taxativa, el Código Penal, pues su fuente es todo el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, la normativa civil recoge una serie de derechos de retención, en donde se autoriza al acreedor, a retener bienes que se encuentran en su poder y que son propiedad de sus deudores.

En estos casos, el ejercicio de este derecho de retención, funge como una causa de justificación. Se afirma por ello la existencia de causas supralegales. En este sentido, se indica

> Es opinión generalizada en la teoría del delito que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el or-

---

[266] Castillo González, Francisco. **El Dolo, su estructura y sus manifestaciones**, p. 127-128, **En igual sentido se ha indicado**: Según esta teoría, que se bate en retirada, el tipo no sólo debe abarcar las circunstancias típico delictivas, sino todas las que afecten a la antijuricidad. Los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, en esa línea, como elementos negativos del tipo. Se incluyen en el tipo porque sólo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho. Así, los elementos del tipo y los presupuestos de las causas de justificación se reúnen en un tipo total y se colocan sistemáticamente a un mismo nivel. Ejemplos: según lo expuesto, la norma del 212 (con inclusión de la legítima defensa) tendría que decir: se castiga con pena el homicidio doloso, salvo en el caso de la defensa precisa contra un ataque antijurídico actual. La teoría de los elementos negativos del tipo se apoya en la idea previa de que el tipo no sólo encierra la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos, como oposición a la norma, sino que incluye ya el concreto juicio de desvalor sobre el propio hecho. Se presupone entonces que el legislador ya contempló también las excepciones al establecer la orden normativa, de modo que la prohibición queda limitada desde el primer momento por las causas de exclusión del injusto. Se estima, además, que la distinción entre los elementos del tipo y las causas de justificación no descansa en una contradicción objetiva, sino que viene condicionada por las exigencias estilísticas de la descripción, de manera que los elementos del tipo podrían ser tenidos en cualquier momento como causas de justificación, y a la inversa, las causas de justificación, como elementos del tipo. Heinrich Jescheck, Hans, **Óp. cit.** p. 8.

> denamiento jurídico: es indiferente que la realización de una acción típica esté autorizada por el derecho civil, el derecho administrativo o por el derecho penal[267].

Además, en cuanto a las fuentes de las causas de justificación, se ha señalado:

> Como también las causas de justificación tienen un origen, una procedencia, es indispensable precisar de dónde surgen o emanan. El problema, sin embargo, pareciera no ofrecer mayores dificultades, pues como se ha dicho, el concepto de antijuricidad es unitario, por lo cual es evidente que una conducta no puede ser al mismo tiempo ajustada a derecho y contraria de él, de allí que las diversas justificantes deban buscarse o solo en la ley penal sino en todo el ordenamiento jurídico; incluso, cuando no se contravengan los postulados inspiradores del plexo normativo, pueden tener origen fuera de él (las llamadas causas extralegales), lo cual ha sido posible a partir del entendimiento de la antijuricidad en sentido material… En síntesis, pues, todo el orden jurídico en su conjunto debe entenderse como fuente de las diversas justificantes como se consta de lege data cuando, por ejemplo, la misma Constitución legitima la captura del delincuente sorprendido en flagrancia…, o cuando los códigos civil o de Comercio consagran eventos en los cuales puede ejercerse el derecho de retención por parte de agente, sin que ello implique incurrir en una conducta típica y antijurídica de hurto, abuso de confianza, etc.[268].

Queda claro que las causas de justificación tienen su origen en la totalidad del ordenamiento jurídico, por cuanto el concepto de antijuricidad, es un concepto que abarca todo el ordenamiento jurídico. Es oportuno señalar que las causas de justificación, pueden tener su origen en cualquier rama del derecho, lo que obliga al defensor y defensora públicos, a estar atentos a esta situación con la finalidad de encontrar esta autorización o esta norma permisiva que faculta actuar, afectando un bien jurídico para salvaguardar otro de igual o superior rango.

---

[267] Bacigalupo Zapater, Enrique. (1996). **Manual de Derecho Penal, Parte General,** pp. 117-118.

[268] Velásquez Velásquez, Fernando. (1997**). Derecho Penal, Parte General.** Tercera Edición, Temis, Santa Fe, Bogotá, pp. 402-403.

Un ejemplo que sirve para aclarar la anterior explicación, es lo que ocurre diariamente, cuando se atienden causas en donde se denuncia por el delito de retención indebida, a propietarios de casas de habitación o de cuartos, ya que por la falta de pago de alquiler, los propietarios optan por retener los bienes de sus inquilinos, generalmente cuando estos últimos optan por marcharse del lugar, dejando la deuda pendiente y como una forma de evitar el pago.

Esta situación que, a primera vista, se manifiesta como un asunto de naturaleza inquilinaria y que por ello debería discutirse en el proceso monitorio civil, en donde al propietario a la luz de normas concretas del Código Civil, específicamente el artículo 1143, se le faculta a ejercer un derecho de retención ante el impago del inquilino. Es decir, el mismo ordenamiento jurídico, en este caso, el civil, autoriza al propietario a retener dichos bienes como una forma de garantizarse el pago de la deuda pendiente. Por este motivo, el propietario no comete el delito de retención indebida a que alude el artículo 223 del código penal. Así, el inquilino ejerce un derecho de retención que, como tal, no está descrito dentro de las causas de justificación que señala el código penal. Pero queda evidenciado que para poder alegar esta causa de justificación se requiere un adecuado dominio de las circunstancias fácticas, pero además del fundamento legal que la autoriza.

4.3. FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

En doctrina se refieren los intentos por buscar un fundamento común a todas las causas de justificación. En este sentido, se afirma:

> La doctrina científica se ha preocupado en reiteradas ocasiones por buscar el o los fundamentos de las causas de justificación. Esto es, ha tratado de explicar la razón o razones por las que existen causas que justifican la realización de una conducta típica. Tarea que, de ordinario, desemboca en la sistematización de estas causas en torno al principio o principios comunes identificados como fundamentadores de las mismas.
>
> Los variados intentos que a este propósito se han producido, pueden clasificarse en dos grandes corrientes de pensamiento: las llamadas teorías monistas, para las que todas las causas de justificación encuentran un mismo fundamento y las denominadas teorías pluralistas, que señalan fundamentos distintos para las diversas causas de justificación, lo que suele llevar a su sistematización en grupos creados por re-

ferencia al principio común al que responden las causas de justificación que en cada uno se sitúa[269].

El asunto está en determinar si el fundamento de las causas de justificación, es uno solo para todas ellas, o si por el contrario, los fundamentos son diferentes para los diversos tipos de justificación. La teoría monista opera con un único principio y se sustenta en señalar que las causas de justificación, responden a la idea de más utilidad que daño social o a la utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico.

Sin embargo, se critica esta teoría por cuanto el criterio que maneja para diferenciar entre una causa de justificación y otra que no lo es, es excesivamente amplia y todo depende de lo que se considere socialmente útil o adecuado.

En tanto que la teoría pluralista opera con más de un principio y se sustenta en deducir de la naturaleza ilícita, una pluralidad de principios que, en realidad, pretenden explicar por qué ciertos casos deben considerarse causas de justificación.

De esta manera, se afirma que considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses, solo cabe aceptar dos principios justificantes: el principio de la ausencia de interés y el principio del interés preponderante. El primero hace referencia al consentimiento del ofendido, en tanto que el segundo procura dar cuenta del fundamento justificante del ejercicio de deberes especiales y de los llamados derechos de necesidad. En este caso, se afirma que el orden jurídico da preeminencia a un bien jurídico sobre otros, y por tanto, la lesión producida en estas circunstancias, debe ser justificada[270].

A pesar de la existencia de estas dos teorías que tratan de dar explicación a la razón de ser de las causas de justificación, la misma dogmática es clara en señalar que tales intentos, no tienen trascendencia real. En este sentido, se indica:

---

[269] De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana. (1986). **Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito**, Segunda Edición corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid, p. 188.

[270] Bacigalupo Zapater, Enrique. (1996). **Manual de Derecho Penal, Parte General.** Tercera Reimpresión, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, pp. 119-120; **Véase en igual sentido:** Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción. (1996). **Derecho Penal Español, Parte General**, Editorial Tecnos, Quinta Edición, p. 289 y 290. De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana**. (**1986). **Derecho Penal. Parte General Teoría Jurídica del Delito.** Segunda Edición corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid, p. 188.

> A nuestro juicio, los intentos sistematizadores no poseen gran trascendencia real. Ciertamente, se da un factor común a todas las causas de justificación, pues a todas ellas podemos atribuir tal condición justificadora. Más resulta lo suficientemente abstracto como para que no dé lugar a otra clasificación que la que se resume en el carácter justificador de conductas típicas de tales circunstancias. Como se observará en la exposición de los problemas atinentes a cada una de ellas, responden a principios inspiradores diferentes o a diversas combinaciones de principios inspiradores. Las tentativas de reconducción de los mismos a superiores criterios comunes, no pasan de un nivel de generalización excesivo, y, por tanto, escasamente útil. Todas participan de un mismo rasgo: ser normas permisivas o de autorización; pero de ello no se infiere la existencia de un fundamento igual para el conjunto de las mismas o de varios fundamentos cada uno común a respectivos grupos de causas de justificación[271].

En realidad como se afirma en doctrina, no interesa establecer si el fundamento para las causas de justificación es uno solo para todas ellas o, si por el contrario, cada una tiene un fundamento por separado, lo que interesa es que las mismas son normas permisivas que el mismo ordenamiento jurídico, ha creado y que facultan actuar en contra de un bien jurídico, siempre y cuando concurran los requisitos establecidos por la propia ley para poder actuar de esta forma, y que tienen como efecto la eliminación de la responsabilidad penal y civil.

Conocer y manejar adecuadamente cada una de las causas de justificación, es precisamente la tarea que debemos cumplir como profesionales de la Defensa Pública, cada vez que nuestras ocupaciones cotidianas, nos enfrenten ante una de estas causas de justificación, y este es el objetivo de este apartado de la teoría del delito.

4.4. ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Otro aspecto que debe quedar claro con respecto a las causas de justificación, es la necesidad de la concurrencia de los elementos subjetivos de la causa de justificación de que se trate. En este sentido, se ha señalado:

---

[271] De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana, **Óp. cit.**, p.189. **Véase en igual sentido*:*** Creus, **óp. cit**, p. 300.

> La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo que el que actúa con una causa de justificación tenga el ánimo de ejercitarla. Por ejemplo, en la legítima defensa no basta que el que priva de la vida a un injusto agresor lo realice incluso sin saber que defiende a la víctima y la defienda casualmente y de modo meramente objetivo, sino que es menester que quiera defenderla.
>
> V. Liszt propuso un caso de laboratorio, que, sin embargo se realizó en términos semejantes poco después en el norte de Italia. Durante la cena, como era frecuente entre ellos, un hijo se pelea fuertemente con su padre y termina por retirarse a su cuarto, muy indignado. Pero al cabo de un rato decide matar a su padre y se dirige al cuarto del matrimonio, donde lo sorprende de espaldas y agachado hacia delante. Entonces dispara y lo mata, pero con gran sorpresa comprueba que acaba de salvar la vida de su madre, a la que el padre en ese preciso instante estaba a punto de matar, porque le acusaba de fomentar la postura rebelde de su hijo.
>
> En el supuesto anterior, el hijo ha ejercitado legítima defensa objetiva de su madre, aunque le faltaba totalmente el ánimo subjetivo de defenderla (el llamado animus defendi) y en su lugar tenía un claro ánimo parricida[272].

El carácter subjetivo de la causa de justificación, en el sentido de que quien actúa tenga el ánimo de ejercitarla, es fundamental en la estrategia de defensa y es un asunto que, en todos los casos, la defensa técnica debe ser enfática con el acusado o acusada, a efectos de dejarla claramente establecida en el debate, por cuanto es oportuno explicarle al representado o la representada, en qué consiste la causa de justificación, cómo funciona y qué es lo que debe demostrarse para efectos de que la misma sea acogida por el Tribunal.

Por tanto, hay que tomar en cuenta incluso el grado de preparación o escolaridad de la persona que se está representando, para que al momento de rendir su declaración, por ejemplo, en una causa donde se está argumentando la actuación bajo una legítima defensa, sea clara en tal sentido.

Muchas veces la persona acusada para dejar ver que no deseaba el resultado que se produjo, lo explica señalando que, en realidad, no quería

---

[272] Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción. (1996). **Derecho Penal Español. Parte General.** Editorial Tecnos, Quinta Edición, España, p. 291; **Véase en igual sentido:** Silvestroni, **Óp. cit.,** p. 287; Zaffaroni, **Óp. cit.**, pp. 516-517.

la muerte de esa persona, ya que una argumentación de esta naturaleza, más bien descalifica la aplicación de una legítima defensa, donde la persona debe desear la muerte de su rival, por cuanto se trata de salvaguardar su propia vida. Es decir, solo dando muerte al adversario, mantengo mi propia vida y eso debe quedar plenamente entendido por el acusado o la acusada. Y muchas veces, incluso la escasa escolaridad de la persona acusada y la sencillez a la hora de expresarse, le imposibilitan la claridad, en cuanto a este aspecto tan trascendental para acreditar una causa de justificación.

De esta manera la defensa técnica debe ser sumamente cuidadosa en este extremo y debe tomar todas las medidas para lograr el objetivo deseado. Con este afán, incluso recuerdo que en una oportunidad hasta le entregué copias de doctrina a un imputado para que tuviera claridad sobre los diversos aspectos de la legítima defensa, para que entendiera a cabalidad de qué se trataba lo que se iba a alegar en el debate y para que, en forma clara, entendiera por qué su declaración, además de trascendental en cuanto a la estrategia establecida, tenía que ser sumamente clara en determinados aspectos.

Sobre la necesaria concurrencia del elemento subjetivo, también se ha establecido:

> Los hechos antes descritos ni siquiera dan cuenta de un comportamiento autorizado por el ordenamiento jurídico, de tal modo que no sólo no lleva razón el abogado defensor al estimar que la conducta del agente estuvo amparada en una causa de justificación, sino que -además- el criterio de los jueces de instancia, en cuanto sostienen que sí concurrió una legítima defensa en exceso, también resulta inadecuado. Para concluir lo anterior esta Sala toma en consideración varias circunstancias que se derivan del fallo impugnado, a saber: a) Nunca existió un *peligro real* para los habitantes de la vivienda del imputado, ni tampoco para sus bienes, no sólo porque la intención del ofendido no era la de apoderarse de bien ajeno alguno ni la de agredir a ninguna persona, sino además porque ni siquiera había ingresado a aquella. b) La acción agresiva desplegada por el acusado, a afecto de repeler la presencia de un sujeto extraño en su propiedad, *no fue necesaria,* pues en el preciso momento en el que se produce el disparo el ofendido estaba corriendo por un costado de la casa, con el fin de huir del lugar, al haberse puesto en evidencia su presencia por los ladridos del perro. c) El imputado, consciente de estas circunstancias, de forma voluntaria (dolosa, según se indica a folio 51, líneas 25 a 28) acciona su arma de fuego. Como se desprende de lo anterior, en la

> especie no se dan los elementos objetivos ni subjetivos de la causa de justificación que se invoca, esto es, la necesidad razonable del medio empleado, por no existir un peligro real para los habitantes de la vivienda, razón por la cual no resulta aplicable el numeral 28 de comentario. Tampoco encuentra bases esta Sala para estimar que se hubiese configurado en la especie una defensa putativa (artículo 34 párrafo segundo, del Código Penal), pues la declaración del imputado, rendida en la instrucción e incorporada al debate, es muy escueta, su compañera se abstuvo de declarar y el ofendido señala haber tenido con anterioridad problemas con el imputado porque también ha pretendido a su compañera, revelando así una razón muy concreta y especial para ser agredido en aquel momento. Ahora bien, en virtud de la prohibición de la reformatio in peius, esta Sala debe declarar sin lugar el recurso, sin modificar el fallo en cuanto reconoció un exceso en la defensa[273].

Además de la concurrencia del elemento subjetivo, debe darse la del elemento objetivo, a efectos de tener por establecida la causa de justificación. En el caso anterior, se trata de una legítima defensa para la cual se requería la existencia de la agresión ilegítima o, al menos de un peligro real para los habitantes de la vivienda, y ante esta, la necesidad razonable del medio empleado. Pero ninguno de estos requisitos se presentó en el caso concreto, razón por la cual tampoco se debió decretar que la acción del imputado, se dio con exceso en la defensa, previsto en el artículo 29 del Código Penal.

Corresponde a continuación analizar algunos de los casos más representativos de las causas de justificación. No se realizará un examen de todas ellas, sino de aquellas que se nos presentan con mayor regularidad en la práctica. En este sentido, se analizarán la legítima defensa, el estado de necesidad y el derecho-habiente, tratando de destacar los rasgos o características esenciales de cada una de cada uno de estos aspectos.

---

[273] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 367-98, de las catorce horas cincuenta minutos, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y ocho.

SECCIÓN II:
LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. CONCEPTO DE LEGÍTIMA DEFENSA

Se ha optado por analizar esta causa de justificación, tomando en consideración los múltiples casos que atiende la Defensa Pública, en los cuales se analiza la aplicación o no de este tipo permisivo. Por lo cual resulta pertinente en este módulo de teoría del delito, identificar los rasgos esenciales de la misma.

Sobre la legítima defensa o la defensa necesaria, como se le llama en algunas legislaciones, se ha indicado en doctrina:

> En consecuencia, es preciso admitir que el fundamento de la legítima defensa es doble y se halla, de una parte, en la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales y, de otra, en la de posibilitar, en todo caso y dentro de unos límites razonables, la primacía del Derecho frente al injusto[274].

De esta forma, el fundamento de la legítima defensa como causa de justificación, apunta a dos intereses: primero uno de carácter individual que es la defensa de intereses propios, y en segundo lugar, se manifiesta como la facultad que tiene el particular de actuar, como lo habría hecho el Estado en defensa de los bienes jurídicos agredidos o lesionados. En este segundo aspecto, además, se viene a ratificar la vigencia del ordenamiento jurídico, en la medida que faculta al particular a oponerse a la agresión injusta a que se es sometido.

Bajo la misma perspectiva se indica:

> El problema más complejo de la legítima defensa no es su naturaleza, sino su fundamento. Se lo define por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos. Según se acentúe uno u otro de los aspectos de este doble fundamento, se insistirá en su contenido social o individual. En realidad, el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejer-

[274] Cobo del Rosal (M). Vives Antón, **Óp. cit.,** p. 384.

> cicio de sus derechos o, mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos[275].

Aunque puede afirmarse que se protegen dos finalidades o intereses con la puesta en práctica de la causa de justificación de la legítima defensa, el fundamento de la misma, tiene su origen en el hecho de que nadie está obligado a soportar una situación injusta; en el caso concreto, una agresión ilegítima. Precisamente esta situación origina la existencia de este tipo permisivo y se manifiesta como su fundamento.

Se puede entonces afirmar que el fundamento de la causa de justificación de legítima defensa, es de naturaleza fáctica, por cuanto en la medida que se dé la agresión ilegítima (aspecto que en breve se analizará), surge la posibilidad jurídica de su utilización, por parte de la persona agredida. Así a través de la misma, se defienden derechos individuales, pero a la vez, se ratifica la vigencia del ordenamiento jurídico que precisamente lo faculta a actuar de esta manera. Es dable entonces señalar que, con la puesta en práctica de la legítima defensa como causa de justificación, se defienden intereses de una doble naturaleza: individual y social.

En términos similares se indica:

> La defensa necesaria o legítima defensa tiene su fundamento en la máxima, el derecho no necesita ceder ante lo ilícito[276].

Esta frase se entiende en la medida en que nadie está obligado a soportar una agresión ilegítima. Es por ello precisamente que existe este tipo permisivo. Es la agresión la que faculta a la persona para que por sí misma proceda a defenderse.

En el ordenamiento jurídico costarricense, esta causa de justificación está prevista en el número 28 del Código Penal, para lo cual se establece:

> ARTÍCULO 28. No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias:
>
> a) Agresión ilegítima; y
>
> b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

---

[275] Ver Zaffaroni, **Óp. cit.,** p. 521.
[276] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, pp. 64-65.

> Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso.
>
> (Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 5743 de 4 de agosto de 1975).[277]

En el Código Penal costarricense, la legítima defensa como causa de justificación, se sustenta en la existencia de dos requisitos fundamentales: una agresión ilegítima y la necesidad razonable de la misma. Sobre ambos requisitos, se han referido en términos muy claros, la doctrina y la jurisprudencia nacional. A continuación, se procede a analizar ambos requisitos, con la finalidad de dejar claramente establecido, bajo qué circunstancias opera esta causa de justificación, pretendiendo con ello hacer más factible su utilización en el proceso penal.

En el ámbito jurisprudencial, se ha referido con respecto a la legítima defensa:

> La legítima defensa es una acción requerida para repeler una agresión actual ilegítima que busca violentar un bien jurídico. La defensa tiene como naturaleza hacer valer un derecho y no una venganza, busca evitar el daño sobre el bien. La defensa constituye una reafirmación del Estado de Derecho y del Derecho; aquel que es atacado en sus intereses protegidos por el Ordenamiento Jurídico, no puede dejar lesionar sus bienes si tiene la posibilidad de defenderlos. Cuando la persona rechaza el accionar injusto de otra, realiza por una parte una acción protectora de sus intereses y por otra una confirmación del sistema jurídico de la sociedad. Quien se defiende legítimamente, colabora para que el Estado de Derecho se mantenga para la vida en paz de la comunidad. Esa defensa está ordenada conforme con el sistema jurídico que rige la convivencia de los miembros de la sociedad, lo cual implica que la persona que se defiende no puede hacerlo de forma tal que estamos ante una situación de libertinaje en lugar de libertad. Debe existir un respeto por la forma aceptada para el ejercicio de defensa. Ello implica que deben respetarse los requisitos exigidos para el tipo permisivo y para ello deben

[277] **Código Penal de Costa Rica.** Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17ª Edición, San José, art. 28.

considerarse los dos aspectos cuya confrontación interesa: la acción de agresión y la acción de defensa. Al efecto, conviene tener presente que en este caso concreto contra L. M. C. L., los hechos que el Tribunal tuvo como probados son: 1) Que el aquí acusado L. M. C. A. [sic], es propietario y también arrendante del inmueble donde vivía el ofendido J. L. M. V., inmueble que también el imputado habita. Que cerca del medio día del diez de julio de mil novecientos noventa y nueve, como ya era costumbre entre el occiso L. M. V. y su concubina A. R. H. C. se estableció una fuerte discusión y agresión física por parte del primero hacia la segunda. 2) Que el aquí imputado como propietario del inmueble que habitaba la pareja mencionada y para poner fin al conflicto de violencia intrafamiliar que se venía dando y que afectaba la tranquilidad de otro inquilino y del propio imputado que también vivía dentro del inmueble, trató de hablar con el señor M. V. quien para ese día se encontraba bajo los efectos del alcohol y cocaína, pero este reaccionó violentamente contra su interlocutor, iniciándose una pelea entre ambos sujetos que culminó al retirarse para su casa el aquí imputado C. L. 3) Que luego de haber pasado cerca de una hora del primer incidente, estaba el imputado tranquilo sentado en una mecedora sin camisa en el corredor de su casa, en ese momento se presentó el hoy occiso M. V. e inició otra fuerte discusión y agresión contra el encartado, éste al verse agredido y actuando en legítima defensa procedió a sacar un arma de su casa y advertir al hoy occiso que desistiera de su agresión y se retirara, para lo cual hizo varios disparos al aire, sin embargo esto enfureció más al señor M.V. quien como se dijo anteriormente se encontraba bajo los efectos de alcohol y cocaína, quien de nuevo arremetió contra el acusado persona que para ese momento contaba con sesenta y un años de edad y problemas con su vista a consecuencia de su diabetes quien no tuvo otra opción de defenderse y disparar contra la humanidad de M. V. quien para ese entonces tenía cuarenta y cinco años de edad y gozaba de perfecto estado de salud recibiendo éste un primer impacto de bala en una pierna y otro en el abdomen, Lesiones que le provocaron la muerte[278].

[278] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 439-2004, de las diez horas, cuarenta y seis minutos, del siete de mayo de dos mil cuatro.

2. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: AGRESIÓN ILEGÍTIMA Y NECESIDAD RAZONABLE DE LA DEFENSA EMPLEADA

Los requisitos fundamentales sobre los cuales se sustenta la legítima defensa, como causa de justificación, son la existencia de una agresión ilegítima y la necesidad razonable del medio empleado. A continuación, se detallan estos dos requisitos fundamentales para que opere la legítima defensa como causa de justificación.

En cuanto a la agresión se indica:

> Al definir el ataque como cualquier comportamiento que lesione o ponga en peligro un derecho, propio o ajeno, se está indicando que solamente pueden constituir ataques las lesiones jurídicas que parten de un comportamiento humano. Las cosas pueden ser fuentes potenciales de peligros, como por ejemplo, una planta atómica, que puede con sus radiaciones dañar gravemente a los hombres y a la naturaleza. Lo mismo ocurre con el ataque de animales. La puesta en peligro del bien jurídico que representan estas cosas no tienen el carácter de un ataque, pero pueden fundamentar un estado de necesidad. Para que exista un ataque es necesario, además que se lesione o ponga en peligro un bien jurídico, que la agresión represente un disvalor de la acción, lo cual solamente puede predicarse de la conducta humana.
>
> Sin embargo, hay un ataque, en el sentido de la legítima defensa, cuando un ser humano utiliza un animal u otra cosa como instrumento para lesionar o matar a otro, o lesionar sus derechos. No hay ninguna diferencia si el atacante utiliza un palo o azuza un perro contra la víctima. Quien se ve en la obligación de matar un perro bravo que lo ataca, azuzado por su dueño, puede recurrir a las disposiciones sobre la legítima defensa para justificar su hecho (y no ser justificado por el estado de necesidad)[279].

---

[279] Castillo González, Francisco. (2004). **Legítima Defensa.** p. 125. **Véase en igual sentido:** Bacigalupo Zapater, Enrique, **Manual de Derecho Penal Parte General**, **Óp. cit.** p. 123.

La existencia de un comportamiento humano que ejecute la agresión ilícita, es un requisito esencial para que pueda actuarse, según lo señalan los requisitos de la legítima defensa, como tipo permisivo. Aunque también, como lo expresa el Dr. Castillo González, opera esta causa de justificación, cuando se utiliza un animal, por ejemplo un perro, el cual es azuzado con la finalidad de que ejecute la agresión. En este caso, el animal es utilizado como un instrumento para ejecutar la agresión ilegítima.

También se ha indicado sobre la agresión:

> La exigencia de una acción como constitutiva de la agresión se impone por varias razones. En primer lugar, la noción de agresión ilegítima parece denotar cierta conexión entre el comportamiento y el disvalor con que se lo adjetiva (ilegítimo) el no acto, el mero acontecimiento mecánico que se produce cuando el cuerpo es utilizado como una masa mecánica, no parece susceptible de ser calificado como antijurídico o ilegítimo. En segundo lugar, el tipo de reacción que esta eximente habilita, no guarda relación racional con un antecedente que no constituya una conducta. En tal caso (esto es cuando de una no acción surge una amenaza), los intereses en juego parecen resolverse mejor con las reglas del estado de necesidad (justificante o disculpante según el caso)[280].

En el campo jurisprudencial sobre el carácter ilícito de la agresión, se ha señalado:

> Según se establece en la relación de hechos probados de la sentencia, es el ofendido quien se acerca al acusado y procede a propinarle un golpe por unos de sus ojos lo que hace que el acusado de inmediato utilice sus manos y trate de repeler la agresión de la cual estaba siendo objeto en ese momento por parte del ofendido produciéndose entre ambos una pelea en la cual ambos caen al suelo y se dan de golpes (folio 98). Como se indicó en los considerándoos anteriores, el tribunal es coherente al sostener que fue el ofendido quien agrede

[280] Ver Silvestroni, **Óp. cit.**, p. 296.

> inicialmente al encartado y provoca la reacción defensiva de éste. Ni en los hechos probados, ni en la parte considerativa se colige que el imputado agrediera al ofendido estando el primero de pie y el segundo en el suelo. De manera que la conclusión a que llega la recurrente se fundamenta en una revaloración subjetiva de la prueba... En todo caso, la sentencia expresamente señala que de acuerdo con las circunstancias del caso, la defensa no sólo era necesaria, sino que indispensable para no ser objeto de una nueva agresión (folio 106).[281]

Se pone de manifiesto en la anterior cita jurisprudencial, como para el caso concreto la actuación del imputado se ajustó a lo que establece el artículo 28, del Código Penal, pues lo que sucedió fue que el imputado actuó, ante una agresión de naturaleza ilegítima que efectuó en su contra el ofendido, no quedando más remedio al acusado que defenderse, pues peligraba su integridad.

Además, la agresión ilícita que posibilita la actuación bajo legítima defensa, requiere de varias características, entre ellas:

> En todo caso, la sentencia expresamente señala que de acuerdo con las circunstancias del caso, la defensa no sólo era necesaria, sino que indispensable para no ser objeto de una nueva agresión (folio 106). Ahora bien, el medio empleado resulta evidentemente razonable pues se defendía de un ataque con las manos y precisamente con ese mismo medio es el que se defiende el acusado. Lo importante para determinar si existe esa causal es que, por un lado, la defensa sea necesaria, es decir que sea indispensable para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que en ese momento se padece; y por otro lado, que la agresión sea inminente, actual, real, existente, lo que significa que debe verificarse la existencia y la naturaleza del peligro corrido para apreciar la necesidad de la defensa. En el caso de autos es claro que el imputado optó por utilizar las manos para defenderse del

[281] **Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 914-06 de las nueve horas quince minutos, del cinco de septiembre de dos mil seis.

> ataque de parte del ofendido, al extremo de que de no haberlo hecho la víctima hubiere sido él. Por todo lo expuesto y partiendo de la exposición fáctica de la sentencia, tanto de los hechos probados como de las consideraciones y conclusiones que sobre el hecho desarrolló el Tribunal al analizar el fondo, este Tribunal de Casación concluye que en la especie concurren todos y cada uno de los presupuestos exigidos por el artículo 28 del Código Penal para que se configure la legítima defensa[282].

En relación con el criterio de que la agresión debe ser actual e inminente se indica:

> La agresión es inminente, desde que comienza y mientras se mantiene el peligro que amenaza el bien jurídico. El inicio de la agresión no se identifica con el comienzo de la ejecución de un delito, porque la tipicidad no es condición necesaria para la existencia de agresión ilegítima, ya que como vimos, basta su antijuricidad; la amenaza cierta a un bien jurídico alcanza para habilitar su defensa. Es admisible la defensa incluso frente a amenazas de un mal futuro, cuando no existe posibilidad de que la autoridad estatal lo conjure efectivamente y a tiempo[283].

En cuanto a la naturaleza de la agresión ilícita que faculta el ejercicio de la legítima defensa, surgen detalles muy controversiales en doctrina y en las resoluciones de los tribunales. Así por ejemplo, se suele afirmar que la reacción ante la agresión ilícita, debe ser proporcional, no obstante, contrario a ello, se afirma:

> Al respecto conviene mencionar que la proporcionalidad entre la agresión ilegítima y el medio empleado para repelerla, no es un requisito para que se tenga por configurada la causal de justificación que se analiza, pues al respecto lo único que se exige es la necesidad y razonabilidad de la acción defensiva que se ejerce a través del medio empleado, sin importar que al final de cuentas dicho medio sea más lesivo que el que utiliza el agresor, o que éste sufra un daño mayor que el que se proponía infligir: ... La necesidad de la acción defensiva

---

[282] **Tribunal de Casación Penal.** Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 914-2006, de las nueve horas, quince minutos, del cinco de septiembre de dos mil seis.

[283] Silvestroni, Mariano, **Óp. cit.**, p. 297.

se define por un juicio objetivo. Para este juicio objetivo ex ante se toma como modelo el criterio de un tercero razonable, colocado en la misma situación del atacado, que debe juzgar las circunstancias en las cuales se encontraba éste. La necesidad de la acción defensiva existe cuando, desde un cuidadoso examen de la situación y conforme al criterio de este hombre razonable, se llega a la conclusión de la necesidad de la acción defensiva... Si la acción de legítima defensa era necesaria, también lo será el resultado producido. Así por ejemplo,... quien se defiende de un ataque a puños y golpea en la cara a su agresor, en una acción necesaria, no responde si tal acción produjo el resultado de sacarle el ojo. En todos estos casos existe un derecho legítimo de respuesta a la agresión y si la acción es necesaria, el resultado que se produce no es desvalorado jurídicamente... Efectos innecesarios y graves de una acción necesaria de legítima defensa quedan cubiertos por la necesidad de la acción defensiva, pues al afirmarse la necesidad de la acción, queda comprendida en ella la peligrosidad del medio empleado... Puesto que la legítima defensa no es una pena ni una venganza sino que sirve para la protección de los intereses amenazados contra ataques antijurídicos, existe el principio de la mayor conservación posible de los intereses del atacante. Conforme a este principio, el atacado debe escoger entre los medios disponibles para su defensa, el medio menos dañino y peligroso para realizarla... El defensor debe optar por el comportamiento que es objetivamente más apto para impedir o repeler la agresión... no habría que amenazar con emplear las armas ni hacer disparos de advertencia, si el sujeto no está seguro de que estas acciones detendrán la agresión... Por ejemplo, en una agresión a puños el agente, si tiene un arma de fuego, debe utilizar primero los medios de contención, como es la amenaza de emplear el arma o un disparo de advertencia. Sólo cuando estas medidas de contención no funcionan, puede el agente emplear el medio más peligroso pero más seguro de defensa. Incluso en este caso, si el agente debe usar el arma, debe causar el menor mal al atacante. Si para impedir o repeler el ataque basta con disparar a las piernas o a un lugar donde la herida no es mortal debe hacerlo antes de disparar a matar. Desde luego, cuando hay una agresión de matones especialmente peligrosos, o de individuos armados, puede estar justificado disparar de una vez a matar sin haber hecho previamente disparos de advertencia. En todo caso, la solución va a depender del caso concreto. Un individuo débil agredido a

puños por un tipo fuerte, si solamente tiene un cuchillo o un arma de fuego para su defensa, puede usarlos para impedir o repeler la agresión. ..., Castillo González (Francisco), LA LEGÍTIMA DEFENSA, Editorial Jurídica Continental, San José. 1ª edición, 2004. Páginas 184 a 188. En este mismo sentido se indica lo siguiente: ... La doctrina suele hablar de racionalidad para establecer la necesidad de la defensa... De esa forma, el juicio concerniente a la proporcionalidad deberá concretarse a un análisis de los medios a disposición del agredido y los medios por él usados. En consecuencia, no estará inobservando la necesidad racional del medio empleado cuando, a pesar de ser en abstracto muy superior al que se hubiera requerido para repeler o impedir la agresión, en la especie concreta era el único disponible, aunque implique para el agresor un daño mayor al que éste amenazaba con causar... En síntesis, la defensa es válida mientras subsista el riesgo para el bien jurídico y, no habiendo un recurso menos lesivo, sea útil para eliminarlo y superarlo…. Chirino Sánchez (Alfredo), y Salas Porras (Ricardo), LA LEGÍTIMA DEFENSA, Investigaciones Jurídicas S.A., San José. Re-impresión de la 1ª edición, diciembre de 2004. Páginas 66 a 72. De acuerdo con las citas doctrinarias antes expuestas, resulta claro que el hecho de que en este caso el imputado haya utilizado un arma de fuego (la que percutió en dos oportunidades seguidas) para repeler la agresión de que era objeto por parte del ofendido, de ningún modo desnaturaliza los presupuestos de la legítima defensa, ni la convertirían en excesiva. Al respecto no podría perderse de vista que, según se indica en el fallo, tal acción fue absolutamente necesaria para evitar que el occiso consumara su ataque, pues por la rapidez de la maniobra de éste, aquel no tuvo otra posibilidad de reacción. Además, se tuvo por cierto la evidente, notoria e innegable desigualdad existente entre ambos, pues mientras el imputado es un hombre de más de 60 años, delgado y de baja estatura, el occiso tenía cincuenta años, medía alrededor de un metro noventa y tenía una contextura física muy fuerte, pues los testigos lo describen como *corpulento* (cfr. folio 281, línea 6 en adelante). Aunado a lo anterior, siendo éste el dato más importante, de la propia dinámica del homicidio (según se describe en el fallo) se advierte sin mayor dificultad que, salvo esa arma de fuego, el imputado no contaba con otro medio para repeler la agresión que, siendo efectivo de cara a ese propósito, al mismo tiempo fuese menos lesivo. Tampoco podría reprochársele el que, de previo a accionar su arma, no haya hecho un

> disparo de advertencia, o que no haya amenazado al occiso Degrandmaison con usarla, pues debido al estado de ofuscación de éste (quien se mostraba violento, hostil, amenazante y agresivo), así como por la rapidez de los acontecimientos y la cercanía entre ambos protagonistas, no existiría fundamento alguno para siquiera suponer que hubo tiempo para desplegar esa conducta disuasoria, o que la misma hubiera evitado la agresión, es decir, que hubiera hecho retroceder al ofendido. El mismo análisis podría hacerse en cuanto a una eventual acción de huida del encartado, pues aunado a que no tenía por qué hacer tal cosa, tampoco existen elementos como para suponer que lo hubiera podido hacer de manera efectiva. Siendo ello así, es claro que en la especie se cuenta con todos los elementos requeridos para tener por configurada una legítima defensa pura y simple (sin exceso), pues conforme se deriva del contenido de la sentencia de mérito, el encartado percutió en dos oportunidades su arma de fuego con el único fin de repeler la *inminente agresión* que en su contra desplegaba el ofendido, siendo ésta la única y necesaria acción que podía desplegar para ello[284].

Queda claramente establecido de conformidad con el anterior fallo, que la proporcionalidad no puede medirse por la igualdad de medios para contestar la agresión ilegítima que se está sufriendo, sino más que todo por la razonabilidad y la necesidad de la misma. Esto pone de manifiesto que la persona agredida está facultada para utilizar el instrumento o medio que tenga a disposición para repeler la agresión. Es un criterio lógico, si se toma en consideración que obligar al agredido a contestar la agresión con un medio o instrumento similar al que utiliza el agresor, es prácticamente negar la posibilidad de defenderse, lo cual sería contradictorio con la naturaleza misma de esta causa de justificación.

En términos similares sobre la proporcionalidad, se ha indicado:

> El otro aspecto en discusión, es la proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión; sobre esto debe señalarse que resulta más importante el criterio de necesidad sobre el de proporcionalidad, debiendo analizarse todas las circunstancias que rodearon el hecho y no pudiendo considerarse como proporcionalidad en el uso de las armas, ni como

[284] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 838-2005, de las diez horas del veintinueve de julio de dos mil cinco.

> reacción equiparada al ataque del que fue víctima, primero porque el medio utilizado para defenderse carece de interés, en la medida en que es el único del que se dispone y en el presente caso, tanto el cuchillo usado por el imputado como el casco de motociclista que portaba el ofendido, son medios idóneos para causar lesiones y segundo, porque como lo tiene por acreditado el tribunal, no es sino hasta que el ofendido se vio lesionado, que desistió en su afán de agredir, lo que unido a que el imputado no realizó ninguna acción posterior tendiente a provocar otras lesiones, hace inapropiado que se pueda hablar como consecuencia, de exceso en la defensa empleada. De acuerdo con lo expuesto, no se puede descartar en este caso la justificación de legítima defensa, pues los hechos, unidos a las demás circunstancias que los rodearon, hacían pertinente la defensa empleada, ni tampoco de exceso en la defensa -en virtud del cuadro fáctico contenido en el fallo-, por lo que sí resulta adecuada la aplicación en este caso, de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, al que se ajusta la conducta desplegada por A. A. M., por lo que debe declararse con lugar la causal de justificación de legítima defensa reclamada, al haberse comprobado la existencia de una agresión ilegítima a la que pretendía ponerle fin, por estimarse racional su defensa y por las demás circunstancias que rodearon el suceso[285].

El anterior caso jurisprudencial deja claramente establecido que cada situación en donde se examine, si procede o no el alegato de legítima defensa, debe analizarse dentro de las circunstancias del caso concreto; es decir, no existen reglas que se apliquen por igual a cada una de las situaciones. Esta situación obliga al profesional de la Defensa Pública, a estudiar detalladamente el caso y a fijar una estrategia adecuada, para efectos de pretender demostrar la existencia de esta causa de justificación.

También sobre la acción defensiva, se afirma:

> Quien ve sometido a una agresión un bien jurídico suyo tiene el derecho de defenderse de acuerdo con los límites que la

---

[285] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 268-93, de las nueve horas quince minutos, del once de junio de mil novecientos noventa y tres. ***Sobre el tema de la racionalidad de la defensa empleada puede revisarse***: **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 140-94, de las nueve y cuarenta y cinco minutos, del trece de junio de mil novecientos noventa y cuatro. **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 201-94, de las diez horas del tres de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Ley le impone. La defensa no puede ser de tal magnitud que rebase los requerimientos legales para su validez. La acción defensiva debe realizarse en forma actual o inminente a la agresión, debe existir coetaneidad, lo que significa que la defensa debe practicarse mientras el peligro exista. Sin embargo, esa coetaneidad no es sinónimo de simultaneidad, pues basta la presencia del peligro para que desde ese momento se pueda ejercer la defensa. La coetaneidad significa una correlación de proceso integrado de efecto a causa. Al respecto, nótese que L. M. C. L. responde con disparos de advertencia ante el peligro inminente que se cierne sobre su bien vida y con disparos directos ante la violencia sobre su humanidad desplegada por parte del ofendido. El imputado ejerce su derecho de defensa, con el arma de fuego, en forma inminente y actual. El cuadro fáctico probado en este caso concreto hace concluir que a pesar de que uno de los requisitos básicos de la legítima defensa es que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también lo es que no puede pedírsele a los ciudadanos que frente a la adversidad asuman conductas heroicas o cobardes, obligándolos a eludir cualquier enfrentamiento posible huyendo del lugar como único modo de hacer razonable la evitabilidad de la agresión ilegítima, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación según las circunstancias. No es procedente exigir a L. M. C. L. el abandonar su casa o enclaustrarse, nuestro sistema legal le confiere la potestad de gozar de su derecho de dominio sobre el inmueble, de forma que el sentarse en el corredor de la casa es una acción conforme a Derecho y protegida por éste. No existe ni siquiera una búsqueda por parte del imputado de la confrontación con el ofendido, pues es este último quien se apersona a la vivienda del primero y lo agrede. En consecuencia, no puede excluirse en el presente asunto la justificación aplicada sólo porque el endilgado no huye de su casa luego de discutir con el ofendido en una primera oportunidad. Así, respecto de la necesidad de la defensa –como señaló supra– debe diferenciarse entre la necesidad de la defensa y la necesidad del medio empleado. La primera significa que la legítima defensa es un derecho principal y autónomo, lo cual implica que la acción de defensa es necesaria y no subsidiaria de otro medio de protección de los bienes jurídicos; la principalidad se opone a cualquier exigencia que se plantee al agredido para que recurra a otro tipo de acción –verbigracia, solicitar ayuda de la autoridad

> o huir–, por ende, incluso si el atacado puede realizar otra conducta pero prefiere defenderse, la defensa subsiste en tanto derecho que puede ejercerse a voluntad. La segunda –la necesidad del medio utilizado para el ejercicio de la defensa se caracteriza por una subsidiaridad. Esta hace concluir que el uso de un medio es necesario cuando el agredido no tiene a mano otros medios eficaces para contrarrestar el ataque; aquél debe utilizar entre los medios que tenga a disposición los menos lesivos al agresor, siempre que esos medios sean igualmente idóneos para repeler la agresión, pues el sistema jurídico no obliga al que sufre el ataque a utilizar medios de eficacia dudosa ni a medirse de igual a igual con el agresor. L. M. C. L. utilizó un arma para defenderse y tal medio era necesario ante la agresión ilegítima del ofendido. El accionar de J. M. V. es de tal magnitud que el bien vida del imputado se somete a una agresión ilegítima de violencia psicológica –por las palabras y el reto que profería el atacante y física –por el uso de un palo y de la fuerza en una lucha corporal–. No puede exigírsele al encartado que huya de su casa de habitación y menos cuando él simplemente descansa en el corredor[286].

La anterior cita jurisprudencial es rica en análisis de diversos aspectos de la legítima defensa. Por una parte, señala que la acción defensiva debe darse mientras el peligro de la agresión ilícita subsista, lo cual no implica necesariamente que la acción defensiva deba ser simultánea al ataque, sino mientras la agresión persista.

Se refiere, además, a la necesidad del medio empleado, con ello se quiere indicar que el agredido está facultado para utilizar el medio que tiene a su alcance, para evitar o repeler la agresión ilícita de que es objeto. Anteriormente, se consideraba que el ejercicio del tipo permisivo, facultaba la utilización de un instrumento o medio de defensa similar al utilizado por el atacante. Sin embargo, si se prevalece este criterio, se olvidaría el fundamento mismo de esta causa de justificación.

---

[286] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 439-2004, de las diez horas cuarenta y seis minutos, del siete de mayo de dos mil cuatro; ***Véase en igual sentido:***

- **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 477-2006, de las nueve horas con diez minutos, del veintiséis de mayo de dos mil seis.
- **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 608-2005, de las diez horas veinticinco minutos, del diecisiete de junio de dos mil cuatro.
- **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 333.2004, de las diez horas con cuarenta y seis minutos, del siete de mayo de dos mil cuatro.

Las resoluciones de nuestros tribunales, muchas veces temerosas de aplicar una causa de justificación, como la legítima defensa, los lleva a interpretar en forma equivocada e, incluso, de manera ilógica, los requisitos que deben concurrir para su configuración. Un ejemplo claro es el siguiente, en donde la Sala Tercera puso de manifiesto la incorrecta argumentación del Tribunal de Juicio, para ello señaló lo siguiente:

> La recurrente tiene razón. En el presente asunto el tribunal tuvo por cierto que el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa estaba el imputado frente a un negocio comercial en Siquirres, junto con varias personas de la localidad; que al lugar se acercó el ofendido, quien tenía problemas personales con aquel, razón por la cual discutieron acaloradamente. Que el ofendido se retiró del sitio y regresó armado con un machete, por lo que el imputado sacó un puñal, produciéndose una pelea en la que el ofendido hirió al imputado, causándole lesiones que lo incapacitaron por espacio de ocho días, pero este último también le produjo heridas al ofendido, las cuales le ocasionaron la muerte. Al practicarse la autopsia se comprobó que el ofendido tenía ciento noventa y cinco miligramos de alcohol por cada cien mililitros de sangre. El Tribunal amplía las circunstancias en que se produjeron los hechos al realizar el análisis de fondo, y excluye la legítima defensa por tres razones básicas. En primer término, afirma el Tribunal, la legítima defensa no se produce porque el imputado pudo evitar de otra manera que se produjera el resultado, pues al alejarse el ofendido a buscar el machete pudo aprovechar para retirarse, con lo cual se hubiere evitado la pelea, máxime que el ofendido le advirtió que pronto regresaría. En segundo lugar los juzgadores excluyen la legítima defensa porque el ofendido estaba sumamente ebrio, en unas condiciones personales que le dificultaban reaccionar ante un peligro inminente, situación que facilitó la conducta del imputado y en tercer lugar, agregan los jueces, el imputado utilizó el puñal luego de haber sido herido con un machete por el ofendido, [...] por lo que la legítima defensa no existió toda vez que sólo se puede impedir lo que no se ha producido, siendo más bien la conducta del encartado no un acto de legítima defensa sino un acto de venganza (…). Ninguno de los tres argumentos expuesto por el Tribunal se ajusta a los presupuestos del artículo 28 del Código Penal y a la doctrina que lo informa. En primer término, y como ya ha sido expuesto en otros fallos de esta Sala, con base en la doctrina que desarrolla la legítima defensa (Sentencia Nº

218-F de 9 horas del 18 de agosto de 1990, Sala Tercera), si bien es cierto que uno de los requisitos básicos de esta causal de justificación consiste en que el hecho no pueda evitarse de una manera distinta a la empleada para repeler la agresión, también lo es que no puede pedírsele a los ciudadanos que frente a la adversidad asuman conductas heroicas o cobardes, obligándolos a eludir cualquier enfrentamiento posible huyendo del lugar como único modo de hacer razonable la evitabilidad de la agresión ilegítima, pues ello equivaldría a desconocer la naturaleza humana y los objetivos mismos de la justificación según las circunstancias. En consecuencia, no pueden los juzgadores excluir en el presente caso la justificación alegada sólo porque el imputado no huyó del lugar luego de discutir con el ofendido, cuando éste se retiró a traer un machete advirtiendo que pronto regresaría, tomando en consideración que el imputado no fue quien buscó al ofendido, sino que estaba con algunos conocidos frente a un negocio comercial del lugar. En segundo término, tampoco es atendible la apreciación de la alcoholemia que se hace en el fallo para excluir la justificante. Es cierto que el imputado declaró que el ofendido estaba ebrio, y que la autopsia reveló el grado de alcohol en la sangre, sin embargo no podría afirmarse en el presente caso, en forma categórica, que el ofendido se encontraba en un estado de impotencia para pelear, primero porque no toda persona reacciona de la misma manera ante la ingestión de la misma cantidad de licor, y segundo porque en este caso el ofendido pudo mantener una pelea verbal con el imputado, se retiró del lugar para traer un machete con el cual pretendía agredir al imputado, peleó con él, y finalmente estuvo en capacidad de herir al imputado con dicho machete causándole algunas heridas, hasta que el imputado optó por defenderse con un puñal. De acuerdo con los hechos que el propio Tribunal expone, el ofendido estaba ebrio pero no actuó como una persona que no pudiera valerse por sí misma no obstante la excesiva ingestión de alcohol. En esas circunstancias no podía exigirse en el imputado que eludiera la agresión de otra manera. En tercer término tampoco es atendible el razonamiento del Tribunal al tener por cierto que la defensa del imputado se produjo por venganza y no para defenderse porque éste ya había recibido el ataque del ofendido, quien a ese momento le había causado las heridas que dictaminó el médico forense cuando lo examinó. De admitirse ese razonamiento, para que exista la legítima defensa habría que esperar un nuevo ataque, luego de ha-

> ber sido agredido con un machete, lo cual nos llevaría a un absurdo. En efecto, lo importante para determinar si existe esa causal es que, por un lado, la defensa sea necesaria, es decir que sea indispensable para no ser objeto de una nueva agresión, o para suspender la que en ese momento se padece; y por otro lado, que la agresión sea inminente, actual, real, existente, lo que significa que debe verificarse la existencia y la naturaleza del peligro corrido para apreciar la necesidad de la defensa. En el caso de autos es claro que el imputado optó por utilizar el cuchillo para defenderse del ataque con un machete de parte del ofendido, al extremo de que de no haberlo hecho la víctima hubiere sido él. Por todo lo expuesto y partiendo de la exposición fáctica de la sentencia, tanto de los hechos probados como de las consideraciones y conclusiones que sobre el hecho desarrolló el Tribunal al analizar el fondo, esta Sala concluye que en la especie concurren todos y cada uno de los presupuestos exigidos por el artículo 28 del Código Penal para que se configure la legítima defensa y así debe declararse[287].

Véase cómo en el anterior fallo, el Tribunal de Juicio descalifica la existencia de los requisitos de la legítima defensa, bajo criterios totalmente absurdos e ilógicos[288]que niegan, por su misma naturaleza, la razón de ser de este tipo permisivo. Ejemplo de ello, es desacreditar la existencia de la legítima defensa, fundamentándose en el estado de ebriedad del ofendido, a pesar de que fue el propio ofendido quien agredió y logró herir al imputado con un cuchillo, y fue ante este ataque ilegal, que el imputado procedió a defenderse utilizando el cuchillo que portaba.

Deviene en irracional la forma de analizar por parte del Tribunal. Igual sucede cuando señala que la utilización del cuchillo por parte del encartado, luego de que había sido herido, constituía un acto de venganza, por lo que nos lleva al absurdo –de acuerdo con la argumentación del Tribunal- a

---

[287] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 562-92, de las nueve horas con veinte minutos, del veinte de noviembre de mil novecientos noventa y dos. **En términos similares se refiere**: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 234-f-95, de las diez horas con diez minutos, del veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco.

[288] **Así por ejemplo:**
Se ha indicado que el ser agredido con una piedra solo puede afectar la integridad corporal, pero no la vida, razón por la cual no estaba el imputado facultado para utilizar su arma de fuego, único medio del que disponía para repeler la agresión. **Véase en este sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 218-90, de las nueve horas del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa.

que el imputado debía esperar una nueva agresión para poderse defender con el cuchillo.

La argumentación del Tribunal a través de la cual reinterpretó en forma errónea, los requisitos que facultan la legítima defensa, no es una situación aislada en la práctica judicial de nuestros tribunales de juicio, pues existe una especie de temor o quizás de desconocimiento de los requisitos y del verdadero fundamento de este tipo permisivo, que se vuelve sumamente difícil lograr que los alegatos de una causa de legítima defensa, sean acogidos.

Pero tal situación, lejos de persuadirnos en cuanto a la búsqueda efectiva de su aplicación, se manifiesta como un verdadero reto para los defensores y defensoras públicos, a efectos de lograr su aplicación, lo cual nos obliga a prepararnos adecuadamente y a fijar una estrategia de juicio que acredite la concurrencia de los diversos requisitos que la conforman.

3. EXCESO EN LA DEFENSA

Existen otras circunstancias en donde se aplica la existencia de la legítima defensa, como causa de justificación. No obstante, se realiza un uso abusivo de la misma y se genera en la especie, lo que se denomina exceso en la defensa. En relación con este aspecto, la doctrina se ha referido y ha señalado:

> Se afirma que en el presente caso se configuró la causal de legítima defensa por cuanto el acusado disparó en defensa propia para proteger sus bienes y su familia utilizando un medio razonable. Le asiste razón parcial al impugnante. Efectivamente, del cuadro fáctico acreditado se desprende sin la menor duda que el encartado actuó en defensa de sus bienes, toda vez que al darse cuenta en horas de la noche que personas extrañas intentaban robarse los cerdos y los tepezcuintles de su propiedad, procedió a disparar desde la habitación de su hijo para impedir el robo. Sin embargo su acción fue excesiva y dio como resultado la muerte de R. A. S. S. y las lesiones sufridas por M. R. C. A., todo ello como consecuencia de los disparos realizados. Se estima pues, que en el presente caso sí es aplicable el artículo 28 del Código de la materia en su segundo párrafo pero relacionado con el 29 ibídem (exceso de la defensa). Como se observa en las pruebas valoradas por el a quo, especialmente el plano visible al folio 72, las dependencias donde se encontraban los animales estaban dentro de la propiedad de V. C. y muy cerca de su casa de habitación. Esta proximidad, las horas

> en que se presentaron los ofendidos a robar y la presencia de por lo menos dos personas, son circunstancias que demuestran que aquel tenía el derecho de proteger su patrimonio. Pero en lo que atañe al medio empleado, la Sala considera que fue excesiva la defensa, por cuanto tal conducta no guarda relación con la naturaleza de la agresión, pues si hubiera hecho algunos disparos al aire como lo declaró el acusado, estos hubieran sido suficientes para alejar a los merodeadores. No se desprende de los hechos probados que hubiese un peligro inminente para la vida suya o de su familia como para utilizar, sucesivamente, dos armas de fuego. En tales condiciones, entonces, sí existió exceso en la utilización de esos medios defensivos que finalmente produjeron la muerte de R. A. S. S. razón por la cual debe declararse con lugar el reclamo parcialmente. Se anula la sentencia y resolviendo el fondo del asunto se condena a V. C. como autor de Homicidio Simple con Exceso en la Defensa[289].

En el anterior caso, el exceso en la defensa estuvo dada en el sentido de que no se dio un peligro inminente para la vida del imputado o su familia por parte del ofendido y su acompañante. Por tanto, como señala el Tribunal, bastaba con que hubiera realizado unos disparos al aire, para ahuyentar a los merodeadores. Aunque las dos personas se encontraban en su propiedad en horas avanzadas de la noche y muy cerca de su habitación, el imputado estaba facultado para actuar en defensa de sus bienes. El problema se dio en cuanto al medio utilizado para ejercer la defensa, pues para ello accionó dos armas de fuego en forma sucesiva, y logró provocar la muerte de uno y lesionó al otro intruso.

Un caso en donde se aplicó la existencia de un exceso en la defensa, no obstante, bajo circunstancias bastante dudosas que debieron originar la aplicación del in dubio pro reo a favor del imputado, es el siguiente:

> Como puede observarse, la situación que se acreditó en la sentencia no hace más que establecer que el ofendido se introdujo en horas avanzadas de la tarde (aproximadamente a las 5:15 p.m.) al lugar de trabajo del encartado, bajo los efectos del licor, con el fin de agredirlo - independientemente del motivo - (conforme el relato de aquél). De esta manera encontramos que Enríquez no estaba autorizado para ingresar

[289] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1180-97, de las diez horas con cinco minutos, del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete.

al sitio de comentario, y que dado su estado etílico sea creíble que llegó con propósitos violentos (lo cual corrobora su comportamiento anterior, más aún si se decía que su ex-mujer salía con el imputado). Estas circunstancias son muy importantes porque, como ya se dijo, no existen otros elementos que desvirtúen la manifestación de Jiménez Medina sobre el modo en que ocurrieron los hechos y sobre la agresión de que dijo ser objeto, que le llevó a utilizar su revólver y a disparar en dos oportunidades contra la víctima. Ahora bien, es cierto que Enríquez se encontraba bajo una fuerte ingesta alcohólica que obstaculizaba sus facultades pero que al mismo tiempo perturbaba la tranquilidad, convivencia y seguridad pública (según dictamen de f. 63 fte.), por lo que no se puede descartar que llevase al encartado a una situación extrema en los términos que fueron reclamados, produciéndose un exceso en la necesidad razonable de la defensa empleada, ante la agresión ilegítima a que fue sometido. El tribunal de mérito señala que la ebriedad del ofendido, y que no estuviese armado, aleja la tesis de un peligro inminente (f. 118 fte., línea 15), pero para hacerlo exige del imputado la demostración de su defensa (porque no existe un dictamen que respalde su dicho en el sentido de que fue golpeado brutalmente f. 118 fte. líneas 16 y 17), con lo cual divide en su perjuicio su declaración sin mayores elementos que así lo justifiquen. En el criterio de esta Sala y de acuerdo con las circunstancias, no podía exigírsele a Jiménez Medina una conducta del todo distinta a la que se presentó en este caso, más que considerar que incurrió en exceso al ejercer su defensa dada las condiciones de su oponente. Así pues, apreciándose que hubo exceso en el medio empleado para repeler la agresión, ya que J. M. pudo haber optado por otras soluciones menos gravosas para evitar el desenlace fatal que originó la presente causa, es de rigor acoger el recurso. En consecuencia, se declara con lugar este motivo y se casa la sentencia impugnada. Resolviendo el fondo del asunto y tomando en consideración el modo en que ocurrieron los hechos, que R. J. M. es una persona casada y con varios hijos, sin vicios, que colaboró en la investigación del suceso y carece de antecedentes penales, se le impone la pena de tres años de prisión, la cual se ha desminuido discrecionalmente de conformidad con el artículo 29 en relación con el 79 del Código Penal[290].

[290] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 583-F-94. de las diez horas con treinta minutos, del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Véase cómo en el caso anterior, la Sala Tercera llega a la conclusión de que no existe prueba directa que desvirtúe la declaración del imputado, a través de la cual alegó haber actuado bajo legítima defensa. No obstante, señala que por las circunstancias concretas, no puede descartar que se produjo un exceso en el ejercicio de la defensa, atendiendo a las condiciones del oponente. Cabe aquí preguntarse: ¿Con fundamento en cuál prueba arribó a dicho criterio? Se llega a dicha conclusión, utilizando para ello un razonamiento hipotético, no con el respaldo de elementos probatorios.

En mi criterio, se debió absolver al imputado por haber actuado conforme a los requisitos estatuidos en la causa de legítima defensa. Pero nunca amparados en meras suposiciones, se debió aplicar la circunstancia del exceso en la defensa que, por su naturaleza, parece negar el fundamento de esta causa de justificación. Señalo esto en la medida en que el exceso en el ejercicio de la legítima defensa, está contemplado como una causa de atenuación de la pena. En el caso anterior, al contarse únicamente con la versión del imputado y sin prueba que desvirtuara su dicho, se le debió absolver de toda pena y responsabilidad.

Por otra parte, soy del criterio que la regulación del exceso en la legítima defensa, y la consecuencia de actuar en esta forma, tal y como lo prevé el artículo 29 del Código Penal, son una desafortunada manera de regular el problema. Aclaro en primera instancia que se regula de dos formas la actuación del exceso en la legislación penal, en este sentido se establece:

> Artículo 29: Si en los casos de los artículos anteriores, el agente ha incurrido en exceso, el hecho se sancionará de acuerdo con el artículo 79.
>
> No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusable.

En la primera parte, el numeral regula el exceso en general en las causas de justificación, entre ellas, la legítima defensa, para lo cual remite al artículo 79 del mismo Código Penal, en donde se establece:

> "En los casos de exceso no justificado del artículo 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el juez." [291]

[291] **Código Penal de Costa Rica**, Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17ª Edición, San José, art. 29.

Se regula de esta forma un exceso punible, en donde tan solo se otorga al juez la facultad discrecional de atenuar la pena, por lo que podría imponerse la pena mínima sin rebajo alguno.

La segunda parte de la norma de comentario (29 Código Penal), regula un exceso no punible, para aquellos casos en los cuales el agente actuó bajo un exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieran excusable.

Pero ahora, retomando la problemática del exceso punible que refiere la primera parte del artículo 29 del Código Penal y que se sanciona conforme al artículo 79, también del Código Penal, es oportuno hacer el siguiente comentario: Primero, debe tomarse en consideración que la persona actúa de acuerdo con los requisitos de la causa de justificación; es decir, como tal, su conducta elimina la antijuricidad en la medida que el imputado procedió de conformidad con el tipo permisivo que lo faculta a actuar de esta forma, con la circunstancia de que digámoslo así y aunque suene con estilo popular, por cuanto no encuentro otra forma de expresarlo, "se le fue la mano" en el acto de repeler la agresión ilegítima que estaba sufriendo.

Sin embargo, al haber actuado de forma legítima, su conducta tan solo se atenúa a efectos de la pena por imponer. Cabe preguntarse, ¿cómo se llega a un criterio de culpabilidad, para una conducta que inicialmente fue legítima, es decir no antijurídica? Cada vez que se establece la existencia de un exceso en la defensa, estamos en presencia de una conducta que es típica, no antijurídica, pero sí culpable. Es decir, el haber actuado de conformidad con el tipo permisivo, no elimina la antijuricidad, aunque no termino de entender cómo se sustenta el dictado de una sentencia condenatoria, cuando, se establece que una persona actuó con exceso en la defensa.

Desde mi óptica, el artículo 29 del Código Penal, presenta graves problemas de inconstitucionalidad con respecto al artículo 39 constitucional, e incluso, parece regular un verdadero contrasentido: Porque equivale a señalar que una conducta legítima (actuar en forma que lo establece el tipo permisivo) vuelve a recobrar el carácter antijurídico que, con anterioridad, había perdido, todo a consecuencia de un exceso en el ejercicio de la causa de justificación. Sin duda alguna, un verdadero ornitorrinco jurídico, sin palabras, queda para la meditación[292].

---

[292] Aunque el doctor Castillo expone las diferentes posiciones sostenidas por la doctrina y las legislaciones con respecto a los efectos del exceso y sobre a cuál elemento de la teoría del delito afecta, sin embargo, no externa su criterio sobre la forma cómo está regulado este asunto en nuestra legislación. **En este sentido, véase**: Castillo González, Francisco.

4. APLICACIÓN DEL IN DUBIO PRO REO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

Otro punto que es oportuno mencionar en la brevedad de esta investigación, es el tema de la aplicación del principio del in dubio pro reo, Tratándose de las causas de justificación, en este caso en particular de la legítima defensa. Al respecto se ha pronunciado principalmente el Tribunal de Casación Penal, el cual en varias resoluciones, ha señalado que cuando exista duda sobre la concurrencia de los diversos requisitos que componen la legítima defensa o cualquier causa de justificación, debe absolverse en aplicación, del principio del in dubio pro reo. Así se ha establecido:

> Estima esta Cámara que sí es posible aplicar el principio in dubio pro reo en relación con la existencia de una causa de justificación. En el fallo el Tribunal valora la totalidad de la prueba y concluye en el sentido que no es posible descartar que la conducta de la imputada, de atacar con un leño a las víctimas, tenía como fin defenderse de una agresión ilegítima que sufría en ese momento (folios 147 a 151). El artículo 9 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa, que [...] En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado... Es claro que el determinar si se dan los presupuestos de hecho de una legítima defensa, es decir, si existe una agresión ilegítima, si se da la necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión, es una cuestión que contempla no sólo aspectos de orden jurídico sino también fáctico. De tal forma que al no poder excluirse, con certeza, la existencia de esa causa de justificación conlleva, lógicamente, al dictado de una absolutoria a favor de la imputada[293].

El criterio es simple, siempre que concurra duda en el caso de que se trate un requisito que conforma la legítima defensa o cualquier otra causa de justificación, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo y se debe absolver a la persona acusada. Cuando indico duda, me refiero a una duda razonable, no a cualquier tipo de duda.

(2004). **Legítima Defensa.** Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, pp. 286 y siguientes.

[293] Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, Voto número 1028-2005, de las catorce horas cuarenta y dos minutos, del once de octubre de dos mil cinco.

También interesa analizar lo que en doctrina y a nivel jurisprudencial, se denomina la legítima defensa putativa o error de prohibición indirecto, la cual es aquella situación en donde el agente actúa, creyendo que con su conducta repele una agresión ilícita en su contra, pero resulta que en realidad dicha agresión no existe. Sobre la misma se apunta:

> En ese contexto, encontramos que los juzgadores de instancia concluyen que el ofendido G. A. M. M. -de previo a que fuera muerto por el imputado A. enfrentaba un proceso penal por robo, en que figuraba como ofendida la señora P. M. G. quien es la madre del aquí acusado. Esta situación hizo que el ofendido M. M. iniciara una serie de amenazas, contra la señora G. M. y los testigos de ese hecho D. M. L. y J. L. V. A. El ofendido también amenazó al ahora imputado A., en el Mercado Municipal de Alajuela, donde éste tiene un tramo en que trabaja. La intimidación realizada por Martínez, era acompañada de la ostentación de un arma punzo cortante y la conminación al imputado de que lo iba a matar. El propio día de los hechos investigados en esta causa, el ofendido M. pasó frente a la residencia de la madre de A. donde este se encontraba y procedió a ofender y a amenazar a dicha señora, como lo había hecho en anteriores ocasiones. Ese mismo día en horas de la tarde, el acusado ingresa a la Soda y Restaurante La Rueda en Alajuela, donde se encuentra de frente con el ofendido M. [...] quien hizo un ademán de sacar algo de sus ropas... (fl. 290 ft. y vt.). Realmente M. no portaba arma alguna, pero ante aquel ademán A. M. sacó una arma de fuego calibre 22 -que siempre llevaba- y disparó dos veces contra M. al tiempo que éste se le abalanzó sin llegar a hacer contacto físico. A consecuencia de las heridas de bala, el ofendido murió minutos después cuando era trasladado al hospital.
>
> IV.- Del anterior cuadro fáctico que se extrae de la sentencia del Tribunal es posible concluir con certeza, que el acusado A. actuó bajo la falsa creencia de que sería objeto de una inminente agresión por parte del ofendido. Las amenazas que el ofendido había hecho contra el imputado y su madre, incluso mostrando una arma y señalando que lo iba a matar, sin lugar a dudas contribuyó a que el imputado lo calificara como su enemigo y se sintiera amenazado de muerte al momento en que se encontraron en un bar, cuando el ofendido hizo un ademán como si intentara sacar algún objeto de sus ropas. En contraste con la forma de actuar de M. antes de los hechos de examen, A. nunca hizo nada en su contra, ya ver-

> bal ya físicamente, como para pensar que atentaría contra la vida de M. pese a que éste era imputado en un proceso penal por robo en perjuicio de la madre de aquél de nombre P. M. No era de esperar por ello una actuación fuera de la ley, por parte de A. en contra de M. antes por el contrario, se sometió a derecho al esperar el resultado del proceso en que la señora P. M. se decía víctima de un robo por parte del ahora ofendido. Por estos antecedentes -que no son ajenos al caso- al encontrarse en la Soda y Restaurante La Rueda a muy corta distancia, y hacer el ofendido un ademán como si fuera a sacar algo de entre sus ropas, provocó que A. razonable e invencible pero falsamente, creyera ser objeto de una agresión con arma cortante por parte de M. Razonablemente porque, como se dijo, el ofendido amenazó de muerte al imputado y otras personas exhibiendo un arma blanca; invenciblemente, ya que no era aceptable esperar una primera acción de M. que pusiera en peligro su vida (según creía) con el esperado acometimiento; y falsamente, porque el hoy occiso no portaba arma alguna al momento en que el imputado le disparó. Empero, creyendo que se defendía, A. disparó contra M. y le dio muerte. Lleva razón el recurrente, cuando alega que se trata de una «defensa putativa», prevista en el artículo 34 del Código Penal; pues esta tiene lugar cuando objetivamente no existe agresión ilegítima, pero, en la psiquis del agente hay una falsa representación de la realidad y cree que es objeto de tal acometimiento, en circunstancias en que no podía pensar otra cosa[294].

En el anterior caso, se genera lo que se denomina una legítima defensa putativa, por cuanto el imputado ante el ademán que realiza su adversario, quien previo a ese momento lo había amenazado de muerte, provoca que el imputado crea errónea y falsamente que va a ser atacado por parte de esta persona, por lo que acciona el arma que lleva consigo, no obstante, dicha persona ni siquiera iba armada.

Obviamente, para efectos de establecer la existencia de la legítima defensa putativa, se requieren verificar todas las circunstancias que rodean el

---

[294] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 52-F-93, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos, del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres. **Véase sobre este mismo tema**: **Tribunal de Casación Penal.** Voto número 713-2001 de las nueve horas del catorce de septiembre del año dos mil uno. **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número V-446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de septiembre de 1992. De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana, **Óp. cit.**, pp. 226-227.

caso, para concluir que efectivamente lo que medió, fue una creencia errónea por parte del acusado, el cual realizó el acto propiamente de defensa, ante lo que consideró es una agresión inminente e ilegal en su contra. Con su acción defensiva, trató de repeler dicha agresión. Además, de fundamental importancia tienen en esta errónea creencia por parte del imputado, las amenazas de muerte que con anterioridad llevó a cabo el ofendido, no solo en contra de su persona, sino que incluso en contra de su madre, amenazas que acompañó mostrándoles un arma blanca.

Todas estas circunstancias fácticas hicieron creer erróneamente al encartado que iba a ser agredido por el ofendido y, por ello, su actuación se ubica dentro de una legítima defensa putativa que se puede resumir, señalando que bajo la misma, la persona cree erróneamente que actúa al amparo de una causa de justificación, como lo es la legítima defensa. A esta situación bajo la cual actúa el agente, se le denomina error de prohibición indirecto.

5. NO APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA ANTE INTERCAMBIO DE EXPRESIONES OFENSIVAS

Otro aspecto que se desea mencionar en la brevedad de estos apuntes de la teoría del delito, relacionado con la legítima defensa, es pretender ubicar dentro de este tipo permisivo, donde obviamente se encuentran abrigadas, aquellas situaciones en que se genera intercambio de expresiones ofensivas. En este sentido, podría pensarse erróneamente en que si se contestan expresiones ofensivas con expresiones también ofensivas, se constituye una forma de ejercer la legítima defensa. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha sido muy clara al rechazar tal posibilidad, para tales efectos ha señalado:

> Consideran los suscritos jueces que debe coincidirse con él a quo en que los hechos probados describen conductas típicas de Injurias, recíprocas entre Y. C. y D. M., conforme al tipo penal previsto en el artículo 145 del Código Penal en los siguientes términos. Sobre esa cuestión este Tribunal ha señalado anteriormente que «es claro que las injurias recíprocas no hacen desaparecer la tipicidad de la conducta» (Tribunal de Casación Penal, N° 44-F-99 del 12 de febrero de 1999). Por otra parte, también es correcta la apreciación del a quo en el sentido de que la conducta de ambos no se encuentra justificada. La defensa alega que Moraga Briceño actuó en legítima defensa, sin embargo esa causa de justificación no se verificó en la especie. Sobre el tema de la legítima defensa se ha dicho que: « Este instituto penal, cuyo efecto consiste en eliminar la antijuridicidad del hecho imputado, señala que

no comete delito el que actúa [...] en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos [...] (Los destacados son nuestros), lo cual nos permite afirmar que, en principio, puede darse legítima defensa no sólo frente a agresiones a la vida, la integridad física, la propiedad, la libertad, etc., sino también frente a agresiones al honor, derecho de la personalidad que puede ser también salvaguardado mediante este instituto jurídico. Lo decisivo en este problema atañe, sin embargo, no al inciso a) del artículo 28, a saber, la agresión ilegítima, respecto de la cual no hay discusión, es decir, se acepta, al menos tácitamente en la sentencia que en la especie hubo una conducta previa agresiva por parte del ahora querellante al insultar a los miembros de la Junta Directiva que integraba, entre otros, el querellado. Esto se deduce, no sólo del dicho de algunos de los testigos, que la motivación del fallo no contradice, sino de las propias manifestaciones de la juzgadora que, en lo que interesa, expresó: [...]los eventuales insultos que el querellante hubiese dirigido contra el querellado y los integrantes de la junta Directiva de la Asociación, no autorizaban a este último a proferir las especies injuriosas y calumniosas de comentario, a lo sumo le permitían accionar en sede jurisdiccional contra él para pretender la sanción por el delito de injurias Con lo expresado, hay al menos, como queda dicho, una aceptación eventual por parte de la juzgadora, de que tales insultos efectivamente se produjeron. No obstante, lo que corresponde analizar es si en la especia se cumple con las exigencias del inciso b) del mismo numeral 28 C.P. Como se dijo, es posible aceptar la legítima defensa frente a agresiones ilegítimas y actuales al honor. Así, ha de aceptarse, por ejemplo, que el que responde con un puñetazo a quien lo injuria o calumnia para que cese en su ataque verbal, perfectamente está amparado a la causa de justificación dicha. Pero no puede admitirse que ante una agresión previa al honor –mediante injuria o calumnia– se entienda que la respuesta por esos mismos medios, sea un mecanismo legítimo e idóneo para repeler o impedir la agresión tal y como el tipo penal de la legítima defensa lo requiere en su inciso b). Por su propia naturaleza estamos ante el intercambio de expresiones ofensivas al honor que no pueden compensarse o anularse recíprocamente y guardan independencia en su contenido de ilicitud » (el subrayado es suplido, TCP, N° 226 del 16 de marzo de 2001). Por lo anterior no es atendible el argumento de que en este casó operó un animus defendendi como causa de justificación. Por otra parte, la doctrina de-

> nomina como ánimus retorquendi «...el que mueve a quien devuelve injuria por injuria» (FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pág. 184), pero este elemento intencional tampoco excluye por sí solo la antijuridicidad de la conducta del autor. Tampoco se observa en el hecho circunstancia alguna que sirva para excusar razonablemente el comportamiento de Moraga Briceño. Por lo dicho se declara sin lugar el recurso por el fondo[295].

En otra resolución muy importante por los aspectos que analiza, se revisaron los alegatos que realizó la defensa del querellado, a través de los cuales señaló como parte de la argumentación, que las injurias proferidas por el acusado en contra de la querellante, tuvieron su origen en la ruptura unilateral del vínculo sentimental que llevó a cabo la querellante, lo cual constituyó para este, una agresión ilegítima. Por tanto, el querellado, con el fin de salvaguardar el honor masculino, entendido este como un bien jurídico, actuó bajos los lineamientos de la causa de legítima defensa. Obviamente, las argumentaciones de la defensa fueron rechazadas y, por ende, fue denegado el recurso de casación. Pero veamos lo que en este caso tan particular, se resolvió:

> El punto medular en esta causa es determinar si existe una legítima defensa, hipótesis que rechaza esta Cámara, porque el bien jurídico que pretendió defender el querellado, no alcanza tal condición. La causa de justificación siempre supone la lesión de un bien jurídico, en este caso, el buen nombre y la fama de la querellante, en función de la defensa de otro bien jurídico o derecho reconocido por el ordenamiento, sin embargo, tal como se expuso, en este caso no puede reconocerse como bien jurídico o derecho, un concepto tan impreciso y culturalmente superado como la masculinidad. La reacción del querellado, lesionando el buen nombre de la querellada, no supone la defensa de ningún bien jurídico importante o digno de tal condición. No pueden aplicarse categorías conceptuales que durante siglos han reflejado una situación asimétrica y de dominación, en la que el compor-

---

[295] **Tribunal de casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 347-02, de las La diez y treinta horas del tres de mayo de mil novecientos noventa y dos. ***En igual sentido, puede revisarse***: **Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 408-04, del 29 de abril del año dos mil cuatro; **Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 226-01, de las doce horas del dieciséis de marzo de dos mil uno.

tamiento de la mujer parece convertirse en una prolongación del buen nombre de su esposo o compañero. La mujer tiene derecho de cambiar sus preferencias sentimentales, sin que su comportamiento libre y espontáneo, pueda convertirse en un motivo legítimo para que su compañero sentimental lesione su honor, defendiendo un concepto arcaico sobre una masculinidad cuya defensa no es más que una manifestación ideológica de un modelo de dominación social, que no se ajusta a principios constitucionales tan importantes como la igualdad y la dignidad humana. Legitimar una supuesta defensa a un valor tan arcaico como el prestigio del varón o la lesión a la masculinidad, no es más que un subterfugio para convertir en bien jurídico una dominación socio-cultural que convirtió a la mujer en un ser sin capacidad de autodeterminación, cuyo comportamiento incide en el buen nombre o el honor de su compañero; este razonamiento no es equitativo, sólo es una manifestación ideológica en la que mediante falsos valores se conculca el principio de igualdad y la dignidad de la mujer. Mediante el argumento de reducción al absurdo se demuestra la inconsistencia de esta supuesta defensa del honor, porque nunca se ha aplicado al revés, es decir, que ninguna mujer podría ejercer una defensa legítima de su honor femenino en virtud del comportamiento disoluto o promiscuo de su compañero. Esta paradoja demuestra, muy claramente, que el supuesto bien jurídico que construye el recurrente no es más que un pretexto para ocultar o disimular una relación de dominación en la que no se le ha reconocido a la mujer su eminente dignidad. Al no existir un bien jurídico que legitime la actuación ilegítima del querellado, tampoco puede admitirse que las decisiones sentimentales y el comportamiento social de A. C. A. pueda catalogarse como una agresión ilegítima; las manifestaciones del derecho a la libertad individual y a la capacidad de autodeterminación, no pueden catalogarse como una agresión ilegítima, tal como lo asumen, erróneamente, las recurrentes. Las decisiones que adoptó la querellante sobre su vida personal y sentimental, no pueden calificarse como una agresión ilegítima a un tercero. No es posible que el ordenamiento jurídico estime ilegítimos los actos que expresan el derecho a la libertad y la dignidad de la persona, tal como ocurre con las decisiones que adoptó la querellante cuando decidió abandonar a su compañero y se fue vivir con otra persona. Tampoco puede admitirse que la lesión al honor y el buen nombre de una persona en función de la defensa de un bien jurídico que no tiene tal condición,

según se expuso, pueda catalogarse como un medio razonable para repeler o impedir una agresión. Las decisiones de la querellada sobre su vida personal o incluso su comportamiento social poco convencional, no ocasionan, de ningún modo, un estado de necesidad que autorice un acto lesivo con el que se pretende impedir o repeler una agresión que no tiene inminencia y que sólo expresa, como se expuso, el libre ejercicio de derechos individuales fundamentales. Igualmente es aceptable lo que aseveran las representantes de la Defensa, cuando afirman que lo que existió fue un intercambio de insultos entre las partes; sólo uno de los testigos se refiere a las manifestaciones ofensivas que pudo pronunciar la querellante, sin embargo, como bien se describe en la relación de hechos probados, los actos de persecución y acoso, así como los insultos fueron ejecutados por iniciativa del querellado. La acción de G. C. no fue provocada por actos lesivos o ilegítimos de la querellante, por esta razón, las manifestaciones insultantes que pudo tener ésta, no excluyen el injusto que se le atribuye en el fallo. Por otra parte, debe destacarse que tales manifestaciones insultantes sólo las menciona un testigo, sin que el juzgador tuviese por demostrado tal hecho. No se trata de un hecho determinante que modifique, de alguna manera, el contenido de esencial del ilícito que se tiene por demostrado en la sentencia[296].

La agresión ilegítima según el recurrente, consistió en el abandono de que fue víctima por parte de la querellada, hecho que –según el recurrente afectó su honor y su masculinidad- vistos estos como los bienes jurídicos que se le afectaron y los que constituyeron una agresión ilegítima.

Contrario a lo señalado por el recurrente, el Tribunal de Casación establece que no existió un bien jurídico que legitimara la actuación ilegítima del querellado, pues no podrían considerarse como una agresión ilegítima, las decisiones adoptadas por la querellante sobre su vida personal y sentimental. Por esta razón, no es procedente establecer que la actuación del acusado (querellante), quede contemplada por la causa de justificación de legítima defensa.

De la anterior forma se han tratado de identificar los aspectos generales de la causa de justificación de legítima defensa, solo entendiendo los

---

[296] **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 500-02, de las dieciséis horas con treinta minutos, del diez de julio de dos mil dos.

requisitos que deben concurrir para que se verifique la misma, se adquiere consciencia de que constituye un instrumento sumamente valioso, como medio de defensa dentro de la teoría del delito. Las consecuencias que se provocan, si se acoge el planteamiento de un tipo permisivo de esta naturaleza, producen un gran beneficio para la persona que se representa, no solo desde el punto de vista del derecho penal, sino también civil, a la vez que se ratifican la vigencia y el respeto por aquellos valores jurídicos que inspiran nuestro sistema penal.

La legítima defensa como causa de justificación, es el reconocimiento a cada ciudadano en particular, de que no está obligado a soportar una agresión ilícita y, que más bien el ordenamiento jurídico en su totalidad, no solo el penal, lo autoriza a defenderse por sí mismo, con lo cual se salvaguarda la pacífica convivencia social.

Solo teniendo conciencia clara del papel que cumple esta causa de justificación en el seno de nuestra sociedad y de los requerimientos necesarios para su aplicación, podrá el profesional o la profesional de la Defensa Pública, solicitar su aplicación.

Este apartado de esta investigación, ha estado dirigido a este objetivo, por lo que a continuación se intenta alcanzar el mismo objetivo, con respecto al estado de necesidad como causa de justificación, a la cual quizás se recurre en menor proporción en la práctica diaria.

SECCIÓN III:
EL ESTADO DE NECESIDAD

1. CONCEPTO

Otra causa de justificación que se ha considerado oportuno analizar en este trabajo de investigación, es el estado de necesidad, de acuerdo con la falta de claridad sobre los requisitos que la conforman, a pesar de que se dan muchos casos en la práctica, en donde podría alegarse la aplicación de esta causa de justificación.

Soy del criterio de que muchas situaciones no se fundamentan en ella, no a causa de que no estén cobijados por la misma, sino más bien por ignorancia. Una situación diversa es la que acontece con la legítima defensa, cuyos requisitos son, por lo general, más conocidos, por lo cual se recurre y se invoca su aplicación en muchas más ocasiones.

El estado de necesidad ha sido definido de la siguiente forma:

> El estado de necesidad suele definirse como un estado de peligro actual para intereses legítimos que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses ajenos. Pero la situación descrita no ha de dar lugar a la legítima defensa ni al cumplimiento de un deber, pues estas dos eximentes prevalecerían sobre el estado de necesidad.
>
> El mal que se cause ha de estar tipificado en el CP: ya que, en otro caso, no sería necesario hablar de eximente. Pero el mal que amenaza no siempre tiene que estar tipificado; ni tampoco puede ser producido por el ejercicio de la legítima defensa o el cumplimiento de un deber, pues no cabe utilizar una causa de justificación contra otra causa de justificación; aunque suele admitirse que es posible un estado de necesidad contra otro estado de necesidad. Por supuesto, cabe el estado de necesidad ante un estado de necesidad sólo exculpante (esto es de males iguales)[297].

---

[297] Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción. (1996). **Derecho Penal Español**, **Parte General.** Editorial Tecnos, Quinta Edición, España, p. 310. ***Véase en igual sentido:*** De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana**, Óp. cit.**, p. 229.

El estado de necesidad encuentra su fundamento en la necesidad de afectar un bien jurídico, con la finalidad de salvar otro. Para ello se deben afectar intereses legítimos ajenos. De esta manera, se indica que en el estado de necesidad, se presenta una colisión de intereses jurídicos, en donde existen el inminente riesgo de pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvar otro de mayor valor[298].

Sobre la colisión de intereses que se presentan con el estado de necesidad, se ha indicado:

> El sacrificio de un bien jurídico está justificado cuando se salva un bien jurídico más valioso, sino había otra forma de evitar su afectación.
>
> El estado de necesidad se inspira en una consideración eminentemente utilitaria. Cuando colisionan distintos bienes de modo tal que sólo uno de ellos puede sobrevivir a costa del otro (necesariedad), es socialmente útil que se salve el de mayor valor a costa del de menor valía. Queda claro que si no hay necesidad, esto es, si era posible salvar el bien de otro modo menos lesivo, no hay justificación alguna porque el daño era evitable (lo que, como hemos visto, constituye una expresión del principio constitucional de culpabilidad en el ámbito de la justificación[299].

El estado de necesidad encuentra su fundamento en el interés preponderante que con la acción se salva, para ello se debe afectar otro bien jurídico que se supone es de menor valor. En nuestro ordenamiento jurídico, el estado de necesidad se encuentra regulado en el artículo 27 del Código Penal, en el cual se indica:

> Artículo 27: No comete delito el que, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:
>
> a) - Que el peligro sea actual o inminente;
>
> b) - Que no lo haya provocado voluntariamente; y
>
> c) - Que no sea evitable de otra manera.

---

[298] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, **Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal,** p. 147.

[299] Ver Silvestroni, **Óp. cit.**, p. 293.

> Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

2. PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad supone una situación de conflicto entre dos bienes jurídicos, en la cual la salvación de uno de ellos, exige el sacrificio de otro. Ello supone que el bien jurídico que se trata de salvar, está en inminente peligro de ser destruido. Por tanto, se indica que

> La situación que se encuentra en la base de todo estado de necesidad es una colisión de intereses jurídicos, caracterizada por la inminencia de pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvación del de mayor valor sacrificando el de menor valor[300].

También se ha señalado:

> El estado de necesidad es, en el sentido jurídico más general de la expresión, un estado de peligro actual para intereses legítimos que sólo puede ser conjurado mediante la lesión de los intereses legítimos de otro. Sin embargo, el estado de necesidad dista de ser un fenómeno unitario, y comprende supuestos de muy diversa naturaleza y configuración[301].

El estado de necesidad por su naturaleza, se va a presentar en innumerables situaciones en la vida ordinaria. Por este motivo, a veces la ponderación de los intereses que se encuentran en juego, no resulta fácil de llevar a cabo, máxime que dicha ponderación debe ser realizada por la persona que se encuentra en la situación que genera el estado de necesidad, bajo circunstancias de apremio y premura en cuanto al tiempo. Por lo que debe actuar sobre el bien jurídico menor, para salvar el de mayor jerarquía. Este último aspecto no resulta muchas veces tan claro al calor de la situación apremiante[302]. Sobre este aspecto se ha indicado:

---

[300] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 70.

[301] Heinrich Jescheck, Hans, **op. cit**., pp. 316-317.

[302] **En este sentido, se indica que**: La determinación de la mayor jerarquía es problemática, en Bacigalupo Zapater, **Manual de Derecho Penal. Parte General,** p. 128.

> El interés que se salva deber ser de mayor valor que el interés que se sacrifica. Para la determinación de la mayor jerarquía de los intereses en juego resulta importante que la situación de necesidad haya sido concebida como una colisión de intereses o, como lo hacía la opinión tradicional, como una colisión de bienes jurídicos[303].

Este peligro debe ser real y objetivo, y no puede ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por lo que se trata de evitar. El estado de necesidad previsto en el artículo 27 del Código Penal es una causa de justificación, a través de la cual se ponderan bienes jurídicos en una situación de peligro. Por supuesto que la mencionada ponderación puede recaer sobre bienes jurídicos y también sobre deberes. En este sentido se señala:

> [...] el estado de necesidad puede presentar dos formas: por un lado la colisión de bienes y por el otro, una colisión de deberes[304].

Se citan como ejemplos de estado de necesidad, los siguientes:

> Ejemplos: El agredido mata en defensa propia un perro rabioso. Para apagar un incendio se precisa causar daños en la finca vecina. El bañista utiliza para salvar a quien se está ahogando un bote que hay en la playa, pese a la voluntad contraria de su dueño. El médico sobrepasa con su automóvil la limitación de velocidad para atender cuanto antes a un herido grave. *El alpinista, para salvar su vida, corta la cuerda que le une al compañero que cae al vacío. Un tercero actúa así para salvar por lo menos a uno de los dos accidentados. El guardagujas, para evitar una catástrofe mucho mayor, desvía el tren hacia una vía donde trabajan peones. El empleado de ventanilla es obligado con un arma a que ayude a los atracadores de un banco en la recogida del botín[305].

---

[303] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 71.
[304] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. (1991), **Óp. cit.**, p. 147.
[305] Heinrich Jescheck, Hans, **Óp. cit.**, p. 317.
* Este caso es citado por otros autores como un estado de necesidad exculpante.

3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Recordemos que, según se analizó en las páginas anteriores, el artículo 27 del Código Penal, establece como requisitos para que opere el estado de necesidad, los siguientes: "que el peligro sea actual o inminente; que no lo haya provocado voluntariamente; y que no sea evitable de otra manera".

A continuación se procede a analizar cada uno de estos requisitos.

3.1. QUE EL PELIGRO SEA ACTUAL O INMINENTE

¿Qué se debe entender cuando se indica que el peligro sea inminente? La doctrina nos da la respuesta y al respecto ha señalado:

> El primer requisito es el de la inminencia del daño para el bien jurídico de superior jerarquía, el cual puede provenir de un fenómeno de la naturaleza o de una acción humana. La inminencia del daño se valora cuando la misma se puede producir en cualquier momento, es decir, el segundo inmediato siguiente, o en un plazo razonable (juicio ex ante). Se entiende que este peligro es actual cuando […] Una consideración objetiva ex-ante muestra que la producción de una daño,(sic) con carácter inmediato o en momento posterior (peligro continuado), es hasta tal punto probable que es racionalmente preciso adoptar en seguida las medidas necesarias para la protección del Bien Jurídico amenazado. En efecto, la persona que se encuentra ante este peligro es quien debe realizar este juicio, se dice que es ex ante porque debe realizarse como condición para actuar en protección del bien jurídico. El análisis judicial (ex post) es para situar si el examen (ex ante) realizado por quien se encontraba en la causa de justificación era válido según las circunstancias objetivas[306].

La inminencia del peligro se entiende en la necesidad de actuar con prontitud para evitar la afectación del bien jurídico que se considera de mayor o igual jerarquía, para lo cual se tiene que afectar el bien jurídico ajeno. Por ejemplo, la necesidad que tiene el agente de dañar los ventanales de la casa del vecino que se encuentra en llamas, para sacar del interior de la misma al anciano que se encuentra postrado en una cama. Imaginemos la prontitud con la que se debe actuar a efectos de evitar que esa persona muera a causa

[306] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. (1991), **Óp. cit.**, p. 148.

del incendio, pues una decisión tardía podría provocar que no logre salvar el bien jurídico vida, que obviamente está, muy por encima del bien jurídico propiedad privada.

También sobre el peligro se indica:

> Este requisito supone que existe un peligro real e inminente; por lo que no basta que se de una probabilidad más o menos lejana. En caso de que el sujeto crea por error que se da el peligro, se tratará de un estado de necesidad putativo, que ha de enunciarse conforme a las reglas del error… Para juzgar la magnitud del peligro hay que situarse en la misma perspectiva del sujeto, al producirse la situación[307].

La anterior cita precisa en términos muy claros la naturaleza del peligro, en el sentido de que el mismo tiene que estar a punto de darse o generarse, no bastando para solicitar la aplicación de este tipo permisivo, la probabilidad de ese peligro. Se requiere un peligro real, más concreto que la mera suposición de que el mismo se presentará. Esta situación obliga al juzgador y, por ende, al defensor o defensora, a efectos de determinar si existía o no el riesgo para el bien jurídico, un juicio ex ante, en virtud del cual se debe retrotraer al lugar y al momento en que el necesitado realizó la conducta típica. Todo ello se dispone con la finalidad de constatar la efectiva existencia del peligro para el bien jurídico, el cual, además, debió ser actual o inminente. Sobre estas características del peligro se manifiesta:

> Al respecto caben las mismas precisiones efectuadas al exponer la legítima defensa, que puede reducirse a lo siguiente: actual es el riesgo que ha comenzado y no ha concluido aún, el que se concretó en un daño real y pervive todavía; mientras que inminente es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico deducible de un gesto, actitud, movimiento, etc., de tal manera que lleve al sujeto racionalmente a la convicción de que es necesario tomar las medidas indispensables encaminadas a proteger aquel[308].

El peligro para el bien jurídico será actual, cuando aún se está dando la situación que genera el peligro, y se manifestará inminente, cuando se presente como probable su acaecimiento.

---

[307] Ver Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción, **Óp. cit.**, p. 314. ***Véase en igual sentido:*** Velásquez Velásquez, **Óp. cit.**, p. 444.

[308] Ver Velásquez Velásquez, **Óp. cit.**, p. 448.

3.2. QUE NO LO HAYA PROVOCADO VOLUNTARIAMENTE

Se quiere indicar que quien se escuda o pretende se declare que su conducta se ajusta a lo previsto en el tipo permisivo, no sea quien provocó la situación, por lo que podría entenderse que se excluye al provocador.

Sobre este requisito del estado de necesidad, se ha manifestado:

> En principio, la provocación de una situación de necesidad impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella. En este sentido, vale aquí lo dicho respecto a la provocación en la legítima defensa, aunque con algunas matizaciones. En el estado de necesidad solo la provocación intencionada del mismo impide su apreciación. No basta, por tanto, que se haya cometido intencionalmente el hecho (por ejemplo, un incendio) que dio lugar a la situación misma de necesidad la que se haya provocado intencionalmente. Ello hace que, prácticamente, la exclusión del estado de necesidad por falta de este requisito sea casi imposible, salvo raras hipótesis. Así, por ejemplo, puede invocar el estado de necesidad el automovilista que, conduciendo a velocidad excesiva, crea una situación extrema en la que tiene que elegir entre chocar frontalmente con un camión o atropellar a un ciclista[309].

Cuando la ley expresamente refiere que no lo haya provocado voluntariamente, hace referencia a que la situación de necesidad, no sea producto de una conducta intencional, meditada o calculada. Para ejemplificar esta situación se ha dispuesto:

> Así las cosas, no puede ampararse en esta causa quien de mala fe desata un incendio en su habitación, y para salvar su vida destruye el ventanal de la casa del vecino; ni quien adrede inocula el virus de la rabia al perro o al toro del vecino, para poderlo matar pretextando la enfermedad[310].

3.3. QUE NO SEA EVITABLE DE OTRA MANERA

Cuando se establece en el artículo 27 del Código Penal, entre los requisitos que no sean evitables de otra manera, se hace precisamente atendiendo a los graves efectos que produce el estado de necesidad, en cuanto al

---

[309] Muñoz Conde, Francisco, **Teoría General del Delito, Óp. cit.**, p. 83.
[310] Velásquez Velásquez, **Óp. cit.**, p. 450.

bien jurídico que va a dañar. Por tanto, es entendible que solo se pueda argumentar la aplicación de este tipo permisivo, cuando no sea posible enfrentar la situación de otra manera o forma. Si es factible dar solución al problema utilizando otra vía diversa para lesionar bienes jurídicos ajenos, tendrá que utilizarse esa otra posibilidad.

Aquí lo que se utiliza es el criterio, en cuanto si la acción es necesaria. Pero si no lo es, en la medida que el peligro podía evitarse de otro modo; es decir, sin lesionar el bien jurídico ajeno, entonces no entra en esta causa de justificación. Sobre este tema se afirma:

> Además, el peligro para el bien jurídico amenazado no ha de poder ser evitable de otro modo. Esto significa que los bienes en conflicto colisionan de tal forma que uno de ellos sólo pueda ser salvado sacrificando al otro, si cabe la salvación mediante intervenciones de diversos bienes jurídicos, quien actúa en estado de necesidad debe escoger, entre las diferentes vías apropiadas, aquella que promete alcanzar dicha meta al menor coste relativo. No es preciso que exista también entre el bien jurídico sacrificado y el salvado una específica relación de colisión que vaya más lejos[311].

En un caso concreto donde se alegó en el debate oral y público que el imputado en hechos acusados por el delito de usurpación de aguas, había actuado, conforme a los requerimientos del artículo 27 del Código Penal, se denegó tal petición, señalando que concurrieron en la conducta del imputado, los dos primeros requisitos del estado de necesidad, sean estos: la existencia de un peligro actual o inminente y que el imputado no lo había provocado voluntariamente. No obstante, la juzgadora argumentó que el tercer requisito no había concurrido o no se había cumplido, sea este el hecho de que la situación no sea evitable de otra manera. Cuando se impugnó en casación dicho fallo, se logró que dicho recurso fuera acogido. Para ello argumentó la Sala Tercera:

> El recurrente invoca la violación del artículo 27 inciso c) del Código Penal porque estima que la conducta del imputado se dio amparada a una causa de justificación (estado de necesidad). Afirma que aunque la juzgadora de mérito consideró

[311] Heinrich Jescheck, Hans. (1993). **Tratado de Derecho Penal, Parte General,** *Comares* editorial, Granada, p. 324.

que faltó uno de los tres requisitos que señala el artículo 27 citado (específicamente el indicado en el inciso c -que el mal no sea evitable de otra manera-), éste sí existe si se observa que aquél buscó en varias ocasiones solucionar el problema de agua que tenía antes de proceder a cortar la tubería y efectuar el desvió. Efectivamente le asiste razón. El estado de necesidad justificante que regula nuestro Código Penal en el artículo 27 tiene como requisitos -para eliminar la antijuridicidad de la conducta de quien, ante una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro para evitar un mal mayor- que se trate de: a) un peligro actual o inminente; b) que éste no haya sido provocado voluntariamente; y c) que no sea evitable de otra manera. En cuanto a los dos primeros la juzgadora de mérito los tiene por establecidos (ver f. 41 fte.), por lo que se omite mayor análisis al respecto. Sin embargo señala en su razonamiento que no se cumple con el tercer presupuesto porque el actuar del imputado pudo ser evitado, es decir, no necesitaba recurrir a cortar el agua de su vecino para satisfacer su necesidad, sino que pudo recurrir a la autoridad competente para que le solucionara el problema [...] (Ver f. 41 vto.). Pero seguidamente tiene por cierto que el imputado acudió a la Guardia Rural para que le solucionaran el problema de la falta de agua (lo que hizo en varias oportunidades, según consta de las declaraciones de las correspondientes autoridades, quienes informaron que no les fue posible llegar hasta el lugar -ver f. 41 fte. Línea 13), por lo que exigir que en tales circunstancias debía plantear una denuncia ante una autoridad judicial resulta excesivo y ajeno a la realidad. En efecto, se tiene por acreditado que L. E. R. M. y su familia viven en un lugar bastante lejano (en una finca ubicada a unos dos y medio kilómetros de la Tigra de San Carlos, según se aprecia del acta de inspección de f.4 fte. incorporada al debate), así como los graves problemas que estaban afrontando por la falta del mencionado líquido, los que el primero ya había comunicado también al ofendido Heliodoro Solórzano Jiménez sin que éste actuara en forma oportuna para solucionar dicha situación (ver f. 40 vto. líneas 23 y 24). De lo anterior se deduce que el imputado sí agotó los medios a su alcance dentro de la urgencia que suponía el caso, por lo que su comportamiento se enmarca dentro de las previsiones relativas al estado de necesidad alegado. Por todo lo expuesto se declara con lugar el recurso por el fondo. Se casa la sentencia y resolviendo el fondo del asunto se absuelve de toda pena y responsabilidad a Luis Eduardo

> Rodríguez Murillo del delito de Usurpación de Aguas que se le atribuyó cometido en perjuicio de Heliodoro Solórzano Rodríguez, por haber actuado conforme a la causa de justificación que se señaló[312].

En el caso anterior, la juzgadora de instancia denegó la petición en cuanto a que la actuación del imputado se verificó dentro de los parámetros del estado de necesidad, por cuanto en su criterio, el imputado podía haber actuado de otra forma diversa a como actuó. Además, señaló en forma concreta, que debió haber recurrido a la autoridad correspondiente para que le solucionara el problema.

No obstante, en el debate se verificó que ante el grave problema de carencia de agua que tenía y que estaba afectando a su familia, la cual estaba conformada por varios niños que, ante la ausencia del preciado líquido, estaban enfermando, procedió a desviar una de las dos tuberías que transportaban agua a la propiedad del ofendido, hacia la suya. Pero antes, puso en conocimiento del ofendido, los graves problemas que estaba enfrentando, pero este, nunca le resolvió nada, y fue ante esta actitud pasiva del ofendido, por lo que recurrió a la Guardia Rural del lugar en varias oportunidades para que fuera, a su propiedad y constatará las penurias por las que estaba atravesando ante la ausencia de agua. Pero nunca se presentaron y argumentaron que nos le fue posible ubicar el lugar.

Sin embargo, a pesar de la claridad de estos hechos que evidenciaban que el imputado trató de buscar una solución diversa al problema que lo aquejaba, y que si optó por usurpar el agua del ofendido, fue ante la apremiante situación que estaba sufriendo y con la finalidad de salvaguardar el valor jurídico vida y la salud de los integrantes de su familia, optó por afectar un bien jurídico menor, como lo es el derecho de propiedad del ofendido, usurpó su agua. Así fue declarado por la Sala Tercera, acogiendo el recurso interpuesto.

El anterior fallo que se ha citado, deja claro que los alegatos atinentes a que la actuación de la persona acusada se sustenta en un estado de necesidad, ya sea que actuó bajo los requerimientos de un tipo permisivo, en la práctica requieren un laborioso trabajo. Al igual que se señaló cuando se analizó la legítima defensa, parece que cuando se trata de analizar la procedencia de una causa de justificación, los jueces y juezas son temerosos y se excusan con argumentaciones irracionales para declararla sin lugar. Por esta razón,

---

[312] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 178-f-93, de las nueve horas cincuenta minutos, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y tres.

los esfuerzos de los defensores y defensoras públicos en tal sentido, se deben redoblar para alcanzar los resultados queridos.

3.4. QUE EL QUE ACTÚA NO TENGA POR SU OFICIO O CARGO, OBLIGACIÓN DE SACRIFICARSE

La otra circunstancia para que pueda prosperar el alegato de la procedencia del estado de necesidad, está orientada a un aspecto particular y es que si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este tipo permisivo, según se dispone en la parte final del artículo 27 del Código Penal. Este presupuesto ha sido señalado en la doctrina de la siguiente forma:

> Sujetos obligados a soportar el riesgo.- Pese a que no surge del texto legal, nadie puede invocar un estado de necesidad, si está obligado jurídicamente a soportar el mal que trata de evitar.
>
> Ciertos individuos, en determinadas circunstancias, tienen el deber de afrontar situaciones de peligro, y por ello no pueden destruir ni disminuir los bienes a su cargo. Esta exigencia se ha requerido en numerosos precedentes jurisprudenciales, que interpretan que estas personas no son ajenas a la situación de peligro…
>
> Es decir que toda persona legalmente obligada a afrontar ciertos riesgos y garantizar la conservación de determinados bienes jurídicos, no puede pretender eludir su deber invocando estado de necesidad.
>
> Lo mismo sucede cuando el sujeto asumió voluntariamente un deber de esa índole, como sucede por ejemplo con un guía de montaña, cuya obligación esencial es trasladar sanas y salvas al lugar de destino, a las personas a su cargo. El deber asumido no puede ser incumplido, basándose en una hipótesis de riesgo para su persona. En situación similar están los bañeros, tripulantes de buques, médicos, etcétera[313].

Las funciones específicas que tienen las personas encargadas de determinados oficios o profesiones, les imponen la obligación de arrastrar un cierto grado de peligro en el desempeño de su oficio o profesión, superior al normal. Por ejemplo, el salvavidas. No obstante, cada situación debe ser analizada cuidadosamente. Los límites de la exigencia de sacrificio deben

---

[313] Righi, Esteban y Fernández, Alberto A, **Óp. cit.,**, p. 189

coincidir con los límites legales o sociales del ejercicio de su profesión. Más allá de ellos, no se puede exigir a nadie un comportamiento heroico o virtuoso. Por ejemplo, se puede citar que en caso de peligro para una nave, se permite arrojar la carga al mar, aunque el transporte y cuidado de la carga sean la obligación principal de sus tripulantes. Los límites objetivos de exigencia son, por tanto, diferentes no solo según la profesión, sino de acuerdo con las circunstancias.

La jurisprudencia nacional se ha referido a la concurrencia de los requisitos del estado de necesidad. En el caso que a continuación se cita, se alegó por parte de la defensa particular, que el imputado había actuado con fundamento en esta causa de justificación. Sin embargo, el análisis que realizó la Sala Tercera, permite determinar que la conducta del imputado, no se ajustó a los requerimientos de este tipo permisivo, en la medida que no se cumplen los requisitos. Así se señaló:

> El imputado M. A. V. M. interpone recurso por el fondo, aduciendo que el Tribunal de Juicio inobservó o aplicó erróneamente el artículo 27 del Código Penal, toda vez que en el debate quedó demostrado fehacientemente el estado de necesidad que lo aqueja. Añade que de ese mismo modo quedó acreditado que para defender el bien jurídico vida se ha visto en la necesidad de lesionar otro bien jurídico de menor rango, como es la propiedad. Sostiene el recurrente que en este caso existe un peligro real e inminente, pues en la audiencia oral y pública se demostró que si se ve obligado a abandonar el ranchito donde vive quedará totalmente desprotegido ante las inclemencias del tiempo. Argumenta también que en el debate se demostró que esta situación no ha sido provocada voluntariamente, porque no es su culpa vivir en las condiciones de pobreza extrema en que actualmente se encuentra. Afirma que tampoco es evitable de otra manera, porque quedó probado en la audiencia que por sus condiciones de pobreza no cuenta con recursos para comprar un lote y construir otra casa, como tampoco tiene otro lugar donde vivir. Agrega que la juzgadora no se pronunció sobre el estado de necesidad que se alegó en el debate. El reclamo no es de recibo. Cabe indicar, primeramente, que del cuadro fáctico que se tuvo por cierto en la sentencia (folios 301 a 304) no se deduce de manera alguna que los actos que llevó a cabo el justiciable, al invadir el terreno que interesa y construir allí una casa, hayan obedecido a un estado de necesidad, ni en el sentido lato de la expresión, ni mucho menos conforme a su estricto significado jurídico-penal. Nótese que también en

las consideraciones de fondo se especifica que la conducta del acusado consistió en introducirse (por segunda vez) a un terreno ubicado en el área restringida de la zona marítima terrestre, terreno del cual ya había sido desalojado con anterioridad, en virtud de una condena penal firme. Partiendo de esa base fáctica y examinando lo relativo al estado de necesidad que se planteó en el debate, la jueza a quo hizo ver lo siguiente: El encartado alega que no tiene donde vivir que si lo expulsan de allí se queda a vivir en las calles, y para probar esto trae dos testigos, los señores L. A. G. Z. y R. S. A., quienes confirman el estado de pobreza del encartado. Sin embargo, aunque sea esta su situación, igual no puede invadir la zona restringida de la zona marítima terrestre, y ningún derecho puede adquirir de tal invasión; pues se trata de un bien inalienable e imprescriptible, no susceptible de entrar dentro de los bienes objeto de comercio. (Sic, folio 317). No se observa que al argumentar de este modo la juzgadora haya incurrido en algún yerro en la aplicación del derecho de fondo, en lo relativo propiamente a la alegada existencia de un estado de necesidad. El fallo admite como cierto que V. M. se halla en una situación de pobreza, pero rechaza la posibilidad de que ello justifique el hecho de haber invadido el terreno a que se refiere el proceso. Nótese que, por su naturaleza, el estado de necesidad a que se refiere el artículo 27 del Código Penal debe ser una situación capaz de suscitar un conflicto que sólo pueda solucionarse mediante el sacrificio de un bien jurídico ajeno, en condiciones tales que pueda hablarse de un peligro actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el sujeto y que no sea evitable de otra manera. A nivel conceptual, el estado de necesidad implica la existencia de una colisión entre bienes jurídicos, que solo pueda superarse mediante el menoscabo o la lesión de uno de ellos. Analizado el presente caso a la luz de dichos parámetros, se observa que no se acreditó la actualidad o inminencia del peligro, es decir, la existencia –al momento de realizarse el hecho de un verdadero conflicto entre el bien jurídico que supuestamente se pretendía salvaguardar y el que fue afectado por la acción del justiciable, mucho menos si se toma en cuenta que se requeriría una situación de apremio de tal grado que, por su naturaleza, sólo pudiera evitarse con la conducta que llevó a cabo en aquella oportunidad V. M., lo que no ocurrió en la especie, pues, según la resolución impugnada, lo que hizo –esencialmente- el justiciable fue cercar un terreno de novecientos metros cuadrados, ubicado en el

> área restringida de la zona marítimo terrestre, donde edificó una pequeña casa. En consecuencia, ante la inexistencia de la causal de justificación que se viene reclamando, lo procedente es rechazar el recurso[314].

El estado de necesidad puede darse, tanto en caso de conflicto entre bienes desiguales (daños para salvar la vida), como entre bienes iguales (matar a otro para salvar la vida). Al primero se le atribuyen efectos justificantes; al segundo meramente exculpantes. Ello obliga a realizar una comparación entre los males; el que amenaza y el que se realiza. Pero resulta que la comparación entre los bienes jurídicos en disputa, no siempre es tan fácil. La única forma es analizar con cierta amplitud y no realizar una rígida comparación de bienes jurídicos en disputa. El estado de necesidad tendría efecto justificante, si el hecho realizado a su amparo, era el medio adecuado para evitar el peligro. En caso de error, se aplicarán las reglas correspondientes.

De esta manera, el caso del estado de necesidad putativo, como la legítima defensa, solo puede dar lugar a una causa de exculpación, en caso de error invencible.

---

[314] **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 842-2002, de las doce horas cuarenta minutos, del once de octubre de dos mil dos.

SECCIÓN IV:
EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL O EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Otra causa de justificación sobre la cual se pretenden destacar las características esenciales en esta investigación, es el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, prevista en el artículo 25 del Código Penal, para lo cual se establece:

> Artículo 25: No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho.

Dos situaciones diferentes contempla esta causa de justificación, primero: obrar en cumplimiento de un deber legal; y segundo: obrar en el ejercicio legítimo de un derecho.

Sobre este tipo permisivo, se indica:

> No cabe desde luego mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho... Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho. Este requisito de la conformidad a derecho del que actúa al amparo de esta eximente, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico. En efecto, para saber cuándo un médico, un funcionario, un policía, etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario saber cuál es el contenido de la regulación jurídica (administrativa, laboral, etc.) que rige dicha actuación[315].

Por su naturaleza, se procede a analizar cada una de ellas por separado.

1. OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

En la doctrina, se le ha definido de la siguiente forma:

> De conformidad con esta permisión legal, se declara ajustada a derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas

[315] Muñoz Conde, Francisco, **Teoría General del Delito,** p. 189.

> a cabo por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico. Desde luego, para poder concebir esta hipótesis justificante es indispensable la existencia de un deber consagrado en la ley, jurídico y no de carácter moral; y, que el agente cumpla una serie de exigencias, tanto de índole objetiva como subjetiva[316].

Una primera manifestación de esta causa de justificación, tiene su fundamento en un mandato de la propia ley, en virtud de la cual, al agente se le autoriza la comisión de actos de naturaleza delictiva, con la finalidad de que cumpla con un deber legal. La claridad de los términos utilizados para designar esta forma de cumplir con una de las conductas reguladas en el tipo permisivo, no requiere mayor explicación. No obstante, es oportuno señalar que las conductas típicas realizadas en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, son lícitas[317].

Sobre esta modalidad de causa de justificación, se apunta:

> Así las cosas, actúa en ejercicio de esta justificante el funcionario de policía que se introduce en el domicilio del delincuente sorprendido en flagrante delito, para evitar que escape de la persecución de la autoridad[318].

Bajo esta modalidad, la ley les impone a determinadas personas, en ciertos casos, el deber de realizar conductas tipificadas en la ley, a través de las cuales, se van a afectar bienes jurídicamente tutelados, pero con la finalidad de que cumplan con un deber que la propia ley les impone.

2. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

En el ámbito jurisprudencial, se ha analizado esta causa de justificación, más que todo en asuntos relacionados con denuncias que se presentan en contra de funcionarios públicos. A través de estas lo que se pretende es denunciar lo que se considera son actuaciones irregulares, con el propósito de que se proceda a la sanción disciplinaria. Luego los denunciados a través de esta vía, consideran que los hechos que se les atribuyeron, lesionan su honor, por lo que proceden a interponer en el proceso penal, la correspondiente querella.

---

316 Ver Velásquez Velásquez, **óp. cit**, p. 405.

317 De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana, **Óp. cit.**, pp. 249-250. ***Véase en igual sentido:*** Bacigalupo Zapater, Enrique, **Manual de Derecho Penal. Parte General,** p. 131.

318 Ver Velásquez Velásquez, Fernando, **Óp. cit.**, p. 406.

A continuación, se analizan dos resoluciones en tal sentido, una vertida por la Sala Tercera y la otra por el Tribunal de Casación Penal.

Así sucedió en un caso en donde una notaria pública fue acusada ante la Corte Plena, por anomalías en trámites propios de su función, por lo que dicha notaria posteriormente acusa a la quejosa por la comisión de delitos contra el honor. En esta oportunidad, la Sala Tercera al pronunciarse sobre el recurso interpuesto por la recurrente (anteriormente quejosa en la vía disciplinaria), indicó:

> Al resolver este asunto se debe tener presente que, de acuerdo con una de las causas de justificación genérica (artículo 25 del Código Penal), no delinque quien actúa en el ejercicio legítimo de un derecho. Por lo tanto, no puede estimarse como delictivo el concepto desfavorable expresado al denunciar disciplinariamente a un funcionario público, siempre que los aspectos que se consideren ofensivos al honor constituyan el fundamento de la queja y no hayan sido dichos por pura maledicencia. De lo contrario se coartaría el derecho que tienen los ciudadanos de denunciar irregularidades presuntamente cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, ya que sobre quienes actuaran de esa manera pesaría siempre la amenaza de ser encausados por la supuesta comisión de un delito. Además, se impediría la necesaria labor de fiscalización del ejercicio de las funciones públicas. (Sobre las mismas cuestiones, pero tocantes a la presentación de denuncias ante la Inspección Judicial, pueden consultarse los votos de esta Sala números 190-F de las 9:10 horas del 18 de setiembre de 1989 y 629-F de las 14:05 horas del 20 de noviembre de 1991). En el presente caso hay que tomar en cuenta que, según la relación de hechos probados de la sentencia recurrida, el escrito que contiene las expresiones ofensivas es una queja formulada por vía disciplinaria, contra la Notaria Pública Licda. A. V. P., quien figura en esta causa como querellante (ver punto 1º de la relación de hechos probados, folio 185 frente). Ahora bien, al examinar las frases que la juzgadora considera lesivas al honor de la citada profesional, resulta evidente que se trata de los aspectos que la entonces quejosa (hoy día querellada) estimó irregulares en el proceder de la notaria pública y respecto a los cuales solicitó la aplicación del régimen disciplinario. En otras palabras, las expresiones que resultan desfavorables para la querellante, constituyen la esencia misma de la queja presentada contra ella. Además, se aprecia que no fueron hechas por el puro ánimo de ofender,

> es decir, de afectar la reputación de la Licda. Villegas Pérez, sino con el propósito de buscar amparo ante lo que la quejosa estimó como irregularidades de carácter funcional. Distinto sería si se hubiera recurrido al uso de aquella vía con el propósito de atacar la dignidad y el decoro de la querellante, por ejemplo, calificándola con epítetos que no tuvieran relación alguna con los hechos en que se basaba la denuncia. Sin embargo, como ya se dijo, las afirmaciones que interesan están directamente relacionadas con el propósito de la queja, por estar dirigidas a acreditar las irregularidades que se le atribuían a la notaria. Por lo tanto, lleva razón el impugnante en sus reproches, pues, en la medida en que el a quo dejó de aplicar la normativa referente al ejercicio legítimo de un derecho, en esa misma medida incurrió también en errónea aplicación de los artículos 146 y 147 del Código citado. Con fundamento en lo anterior, corresponde declarar con lugar el recurso por quebranto de normas sustantivas y, resolviendo el fondo del asunto, debe absolverse de toda pena y responsabilidad a la querellada... por los delitos de Difamación y Calumnia [...][319]

Nótese cómo en el anterior caso, la Sala Tercera simplemente consideró que la denuncia o queja que fue presentada en contra de la notaria, buscando la aplicación del régimen disciplinario, fue en ejercicio de un legítimo derecho por parte de la quejosa, el derecho que a todos nos asiste de denunciar anomalías cometidas por los funcionarios públicos en la prestación del servicio público, y que para fundamentar los hechos de dicha queja, se hacia pertinente referir aspectos desfavorables en cuanto a la función notarial de dicha profesional, pero sin afán alguno de afectar su honor.

La actuación de la quejosa estaba amparada a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho. Pero debe notar que, a pesar de que la Sala en forma sencilla resuelve el asunto, aplicando esta causa de justificación, el asunto llegó hasta la vía de casación, por cuanto la quejosa fue querellada y condenada por la comisión de delitos contra el honor.

Esta situación nos debe llamar a la reflexión, en cuanto al arduo trabajo que debe realizar la defensa, al momento de solicitar la aplicación de una causa de justificación. También llama la atención, por lo menos en lo que se transcribe en la resolución, en cuanto a los alegatos del abogado particular

---

[319] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 531-F-9, de las nueve horas con treinta minutos, del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y tres.

que recurrió de la sentencia condenatoria, en ningún momento argumentó que se estaba en presencia de una causa de justificación y, menos aún, del ejercicio legítimo de un derecho. Sus manifestaciones estuvieron dirigidas en cuanto a que no existió ánimo de injuriar o de difamar, por lo que más bien, apuntan a un alegato de atipicidad de la conducta acusada, pero no relacionado a la ausencia de antijuricidad.

Otro caso que fue resuelto por el Tribunal de Casación Penal, en donde se refirió a esta causa de justificación, en cuanto al ejercicio legítimo de un derecho, en el cual realizó un desarrollo amplio del tema, se generó a raíz de hechos denunciados por una usuaria de la Caja Costarricense del Seguro Social. Esta persona procedió a denunciar a un prominente médico de nuestro país, debido a un cobro indebido que se le estaba imponiendo por un tratamiento médico, a pesar de que dicho tratamiento se le realizaría a través de la C.C.S.S. Estas actividades aparentemente ilícitas, se conocen popularmente como biombos. Ante esta situación, la mencionada señora interpuso la denuncia ante los personeros de dicha institución.

El médico denunciado en la vía disciplinaria o administrativa ante la C.C.S.S., consideró que los hechos contemplados en la queja, afectaban su honor. Por esta razón, acudió a la vía penal y presentó querella por los delitos de calumnias y difamación. Estos hechos fueron resueltos denegando los extremos de la querella, sustentándose para ello, en que la ciudadana tan solo, ejerció la causa de justificación que prevén el artículo 25 y el 151 del Código Penal, para lo cual se indicó:

> En la sentencia se indica primeramente que con respecto a la querellada concurre una causa de justificación, cual es, el ejercicio de un derecho, sea el de denunciar (folios 276 y 277). Se dice luego para fundamentar dicho derecho que considera el suscrito que no debe perderse de vista que la querellada realizó las manifestaciones que se estimaron por el querellante delictivas, en un particular contexto, cual era interponer una denuncia ante las Autoridades Administrativas de la Caja Costarricense del Seguro Social, de tal manera que resulta también aplicable al caso concreto lo dispuesto por el numeral 151 del Código Penal que establece que no son punibles como ofensa al honor los conceptos desfavorables expresados en el ejercicio de un derecho, siempre y cuando el modo de proceder no demuestre un propósito ofensivo, propósito que no pudo ser extraído por el suscrito del contexto de la prueba recibida, toda vez que no se demostró fehacientemente que esa fuera la finalidad que movió a la querellada a presentar la denuncia que nos ocupa; Por el contrario es

incuestionable que todo usuario de los servicios que brinda la Caja Costarricense del Seguro Social le asiste el derecho y la obligación de denunciar todas aquellas actuaciones que los funcionarios públicos que allí laboran que eventualmente y prima facie lesionen sus derechos y que cualquier actuación en ese sentido se encuentra autorizada independientemente, de que al denunciar se expresen conceptos desfavorables en contra de una persona, así como tampoco se le pueda exigir la denunciante probar la verdad de la denuncia, pues a través de ella lo que se va a hacer es la correlativa investigación a fin de comprobar si lo denunciado es o no cierto, pues proceder de otra manera sería una mordaza a los ciudadanos con el objeto de dejar impunes aquellas actuaciones y el promover el que nadie se atreva a poner denuncia alguna, olvidándose por ende que los funcionarios estatales no podemos escapar o sustraernos al control que los usuarios del sistema ejercitan precisamente a través de la denuncia de los hechos, que como dijera supra van a ser objeto de investigación (folios 278-279). Este Tribunal ha sido amplio en la garantía del derecho de denunciar administrativamente por parte de los habitantes de la República, considerando ello incluso como una forma de control de la Administración Pública que no debe ser desestimulada. En este sentido se dijo en el voto 293-F-98 del 24 de abril de 1998 de este Tribunal: En la Administración Pública es sano que los jefes pongan en conocimiento de los órganos administrativos respectivos las irregularidades en que podrían haber incurrido sus subalternos, solicitando el inicio de la investigación respectiva conforme al debido proceso, destinada a verificar la veracidad o la falsedad, dándole la debida audiencia al funcionario investigado. Por supuesto que al solicitar la investigación el jefe debe actuar con prudencia, ello analizando la razonabilidad de los hechos que le han indicado fueron cometidos por su subalterno. Si los jefes no pudiesen presentar ninguna denuncia, ya que si lo hicieran podrían ser condenados por los delitos de injurias y calumnias, se le causaría graves daños a la Administración, ya que se perdería todo control destinado al mejor funcionamiento de la misma. En igual sentido véase: voto 437-F-98 del 19-6-1998. Puede consultarse además los votos 743-F-97, 239-F-98; 13-F-99, 35-F-99 y 59-2000. Lo anterior debe considerarse que tiene un fundamento constitucional, por ejemplo en el derecho de petición (Art. 41 de la Constitución Política). Por supuesto que el derecho de presentar denuncias en la vía administrativa no supone un derecho de denunciar

falsedades. Sin embargo, en caso de que exista duda con respecto a los hechos denunciados, la misma debe favorecer al querellado, de modo que debe dar lugar al dictado de una sentencia absolutoria con base en el in dubio pro reo, principio derivado del de presunción de inocencia, contemplado implícitamente en el Art. 39 de la Constitución Política. (En este sentido: Llobet Rodríguez. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995, p. 144; Llobet Rodríguez. La reforma procesal penal (Un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José, Escuela Judicial, 1993, p. 142; Marxen. Straftatsystem und Strafprozessrecht. Berlín, 1984, p. 144; Starke. Die einstweilige Unterbringung in eneim psychiatrist Krankenhaus nach der Strafprozessordnung. Baden Baden, 1991, p. 43). Con respecto a la veracidad o falsedad de la denuncia se hacen referencias en la sentencia en lo relativo al tipo penal de la calumnia y no propiamente a la causa de justificación de ejercicio de un derecho, pero en definitiva se trata de un aspecto que sí es analizado. Así se dice: es importante repetir que en éste la acción consiste en atribuir falsamente la comisión de un delito a una persona y la falsedad de la imputación es parte del tipo penal objetivo por lo que consecuentemente debe ser abarcada por el dolo del autor, no pudiendo así presumirse primae facie que algo es falso, concepto que aplicado al caso concreto hace que podamos decir que la falsedad de la imputación hecha por la querellada no se demostró en el contradictorio como tampoco se comprobó lo contrario, toda vez que en el desarrollo de aquél únicamente se contó por un lado, con el dicho de la querellada y por otro con el del querellante, circunstancia ésta que enfrenta al suscrito ante un problema único de credibilidad ante lo manifestado por cada uno de ellos[320].

[320] **Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José**. Voto número 266-2000 del treinta y uno de marzo del dos mil. **Véase en igual sentido: Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 363-00, del doce de mayo del dos mil. **Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 488-1999, del cinco de noviembre del año mil novecientos noventa y nueve.

En el caso anterior, se reconoce por parte del Tribunal de Casación Penal, la aplicación de la causa de justificación, del ejercicio legítimo de un derecho. E incluso se le da un aspecto de medio o instrumento de control de la Administración Pública, pues estas denuncias ponen de manifiesto, las actuaciones de funcionarios públicos que están lejos de cumplir con el objetivo que debe realizar la Administración Pública, como lo es, brindar un servicio público de calidad, a lo cual se opone esta práctica de biombos en la C.C.S.S., que en realidad se identifican con actos de corrupción. Obviamente, tal y como se señala en la resolución, se reconoce un derecho a presentar denuncias, pero no de hechos falsos. Por lo que el ejercicio de este derecho, como causa de justificación, encuentra su límite en el sentido de que los hechos que se denuncian, sean reales y que tengan por objeto poner de manifiesto, hechos anómalos, pero no afectar el honor del profesional denunciado.

CAPÍTULO IV:
LA CULPABILIDAD

SECCION I:
ASPECTOS GENERALES

La culpabilidad constituye el tercer estadio de análisis en la teoría del delito, y representa para la persona procesada, una importancia fundamental, en tanto es el momento cuando se analiza si procede o no la imposición de una pena que puede ser incluso la privativa de libertad. De ahí surge precisamente la necesidad de que el defensor y defensora públicos, estén atentos a lo que suceda en este apartado de la teoría del delito, pues en la imposición de la pena, el o la profesional debe llevar a cabo, un papel fiscalizador fundamental, a efectos de que se imponga una pena justa, cuando deba imponerse la misma, pues también puede ocurrir que se produzca alguna de las circunstancias que excluyen la culpabilidad; ejemplo, la existencia de un error de prohibición, una inimputabilidad, etc. Sin embargo, en cualquiera de estas circunstancias que benefician a la persona que se representa, el profesional debe estar muy atento y debe reclamar su aplicación.

A estas circunstancias, se dedica este capítulo del módulo, tratando en lo posible de identificar aquellos elementos que integran la culpabilidad y que deben ser conocidos, con el fin de lograr su adecuada aplicación por parte de los y las profesionales de la Defensa Pública.

Debe aclararse que se arriba a este estadio de análisis, cuando ya la conducta acusada, cumple con los dos estadios anteriores de la teoría del delito: que la conducta sea típica y antijurídica. Si en el análisis en estas etapas previas a la culpabilidad, se establece que la conducta es atípica, por ejemplo, por haberse dado un caso fortuito o una fuerza mayor, hasta ahí quedará el análisis. En igual sentido, si al revisarse la antijuricidad, se establece que la conducta se produjo al amparo de un tipo permisivo, el análisis no avanzará hasta esa etapa. En conclusión, solo se analiza la culpabilidad, cuando la conducta sea típica y antijurídica.

En relación con este tema de la culpabilidad, se analizaron algunos aspectos cuando se estudió el principio de culpabilidad, como uno de los principios rectores del derecho penal[321]. En dicha ocasión, se señaló que la culpabilidad implica un límite a la actividad sancionatoria que ejerce el Estado y

[321] En este sentido, véase el principio de culpabilidad que se analizó en el primer capítulo de este módulo, en las páginas 60 a 66**.**

que se manifiesta de dos formas: primero en la necesidad de que se establezca la culpabilidad de la persona sometida al proceso penal, lo cual solo se alcanza, cuando se logra establecer desde el punto de vista probatorio, la autoría del hecho investigado, y luego como límite en cuanto a la pena por imponer.

De esta forma, si se realiza la investigación y no se logran recolectar elementos probatorios que acrediten la culpabilidad del agente, y se declara la inocencia de la persona, deben cesar todos los efectos del proceso incoado en su contra. Sin embargo, si se establece su responsabilidad por tal hecho, la pena que se impondrá por dicha acción, debe estar en relación directa con el daño producido, es decir, debe guardar estricta relación con la afectación producida.

Otro aspecto por considerar es lo relativo a la estructuración del concepto de culpabilidad. Por tanto, para ello surgieron dos teorías que han tratado de definir el punto. Así en doctrina se ha indicado:

> Entre nosotros se discute sobre si la culpabilidad debe seguir la teoría psicológica o la teoría normativa. En verdad, esta discusión ha dejado de ser actual, pero todavía hay autores que se adhieren a la psicológica en América Latina.
>
> La teoría psicológica entiende la culpabilidad como la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir, en el reflejo anímico de la realidad (Beling). De acuerdo con ello, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) resulta un presupuesto de la culpabilidad (ya que no es una relación psicológica del sujeto con el hecho cometido, sino la posibilidad de entender su significación y de comportarse de acuerdo con ella), mientras que el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad).
>
> Por el contrario, la teoría normativa (Frank, 1907) no considera la relación psicológica como decisiva, sino a la reprochabilidad del autor. La teoría psicológica no pudo superar la contradicción que le significaba tener que excluir la culpabilidad donde se daba sin embargo dolo (p.ej, en los casos de coacción), afirmarla donde no se daba relación psicológica alguna, como en el caso de la culpa inconsciente, en el que el autor ni siquiera se representó la posible realización del tipo.
>
> Para la teoría normativa la reprochabilidad, y por lo tanto la culpabilidad, dependía de a) que el autor hubiera sido capaz de culpabilidad; b) que hubiera actuado dolosa o culposamente; c) que el comportamiento de acuerdo a derecho hu-

> biera sido exigible. (es decir, que no hubiera estado amparado a una causa de inculpabilidad).[322]

En términos sencillos, la teoría psicológica se distingue, porque el agente es culpable, cuando está psicológicamente relacionado con el hecho cometido, lo que se presenta en dos modalidades: en forma dolosa, cuando tuvo el propósito de causar el resultado, y culposa, cuando infringe un deber de cuidado. Bajo estas circunstancias, el contenido de la culpabilidad se agota en el plano psicológico, es decir, en la esfera íntima y no visible del autor. En tanto que la teoría normativa, parte de señalar que la mera relación psicológica con el hecho cometido, no es lo que permite elaborar el concepto jurídico de culpabilidad, sino más bien el análisis de las circunstancias del hecho y la capacidad de imputación. Por ello se indica que una conducta culpable, es una conducta reprochable.

Precisamente la Sala Tercera de nuestro país, aplica la teoría normativa. En este sentido ha señalado:

> Para la resolución del presente asunto se hacen necesarias las siguientes consideraciones sobre la *culpabilidad*, como juicio de reproche y como parámetro de fijación de la pena. En contraposición a un criterio psicológico de culpabilidad, que hacía depender el *quantum* de la pena del dolo o culpa con que hubiera actuado el agente, modernamente se sigue un concepto normativo, sustentable incluso en nuestro ordenamiento penal, según el cual el reproche depende de la mayor o menor exigibilidad para que el agente -en la situación concreta- actuara conforme el derecho esperaba. Esta ha sido la tesis reiterada últimamente en la jurisprudencia de esta Sala de Casación, que al interpretar el Código Penal ha concluido que el dolo y la culpa son parte del tipo penal y no de la culpabilidad. (En este sentido v. sentencias de la Sala Tercera Nº 446-F, de las 15:40 hrs. del 25 de setiembre de 1992; Nº 511-F, de las 9:00 hrs. del 10 de setiembre de 1993; Nº 561-F, de las 9:45 hrs. del 15 de octubre de 1993; y Nº 713-F, de las 10:55 hrs. del 17 de diciembre de 1993.) Por las mismas razones, la formulación normativa que en un principio dejaba los elementos alternativos de dolo y culpa dentro de la culpabilidad, tampoco es conciliable con la tesis jurisprudencial de re-

---

[322] Bacigalupo Zapater, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito**, pp. 88-89, San José. **Véase en igual sentido:** Righi, Esteban y Fernández, Alberto A., **óp. cit**, pp. 227-228. Bacigalupo Zapater, Enrique, **Manual de Derecho Penal, Parte General**, p. 150.

> ferencia (v. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, Tomo V, Buenos Aires, 1963, pp. 123 ss.) Actualmente la culpabilidad está compuesta por (a) la imputabilidad del agente. (b) el conocimiento de la ilicitud y (c) el poder actuar conforme a derecho (exigibilidad). De acuerdo a ello la culpabilidad se define «... como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito pese a que estaba en situación de actuar de modo distinto...» (CORDOBA RODA, JUAN: *Culpabilidad y pena*. BOSCH, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1977, p. 16.). La culpabilidad normativa obliga al juzgador a apreciar las circunstancias que rodean al agente al momento del hecho, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho[323].

Además, se indica que la teoría normativa de la culpabilidad, permitió el desplazamiento del dolo y la culpa, fuera de la culpabilidad, lo que bajo la influencia de la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. Por tanto, quien realiza un hecho típico y antijurídico, será culpable, si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera. Consecuencia de ello, es que el dolo y la culpa que inicialmente se ubicaron de conformidad con la teoría psicológica en la culpabilidad, ahora pasan a la tipicidad, en tanto que la culpabilidad se llena por el análisis de la reprochabilidad.

La culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra regulada en el artículo 39 constitucional, para ello se establece:

---

[323] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 131-F-94, de las nueve horas del trece de mayo, de mil novecientos noventa y cuatro.

> A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

En igual forma, el principio de culpabilidad se encuentra contemplado en la normativa Internacional. En este sentido, el artículo 8 inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos, indica:

> Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Otro aspecto por tomar en consideración, es que la culpabilidad obliga a analizar la naturaleza del acto delictivo cometido y no a la persona que ha cometido el delito. En este sentido, la culpabilidad se rige por un derecho penal de acto y no de autor. En la doctrina este concepto ha sido analizado así:

> La culpabilidad se rige fundamentalmente por el principio, ya conocido en el derecho romano, Poena non alios quanon suos teneat autores, (Cód. 9, 47, 22), de acuerdo con el cual nadie puede ser hecho responsable por las acciones de terceros que no ha podido impedir. Por ello la culpabilidad es ante todo personal, en el sentido de que sólo se es culpable de las acciones propias.
>
> Otra cuestión es la de saber si la culpabilidad personal debe ser una culpabilidad por la comisión de un hecho o por la personalidad del autor. Aquí se trata de saber si los elementos de la culpabilidad surgen únicamente del hecho ilícito realizado o si la realización del hecho ilícito permite un juicio sobre toda la vida anterior del autor, para juzgarlo no ya por lo que hizo, sino por lo que es[324].

Lo anterior significa que solo se puede tomar en consideración en la culpabilidad, la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida, por lo que se hablará de una culpabilidad por el hecho. De esta forma, no debe considerarse otro aspecto más allá del hecho delictivo, pero no el comportamiento del autor anterior al mismo, pues de lo contrario, estaríamos en presencia de un derecho penal de autor.

---

[324] Bacigalupo Zapater, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General,** p. 86.

Sobre la importancia del análisis de la culpabilidad, se ha señalado:

> Hemos llegado al concepto más debatido de la teoría del delito. Hasta aquí esta en toda la teoría presente el hombre pero en la culpabilidad nos enfrentamos a él más que nunca. Por otra parte, es una suerte de coronación de la teoría y todos los errores que hayamos cometido en los estratos inferiores repercutirán en éste. Cuando un edificio tiene cimientos mal construidos, el problema más arduo es lograr que soporte los pisos que rematan la construcción. La culpabilidad es, por estas razones, el más apasionado estrato de la teoría del delito[325].

En doctrina la culpabilidad ha sido definida de la siguiente forma:

> La comprobación de la realización de una acción típica, antijurídica y atribuible no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que el autor haya obrado culpablemente.
>
> La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma.[326]

Se puede conceptualizar la culpabilidad como:

> La culpabilidad es, entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que la integran la capacidad en la que se funda la culpabilidad son: a) la capacidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto y b) la posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento (capacidad de motivación en sentido estricto). Dicho de otra manera: una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse de acuerdo con ese conocimiento[327].

---

[325] Ver Zaffaroni, **Derecho Penal**, p. 543.
[326] Bacigalupo Zapater, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General,** p. 147.
[327] Bacigalupo Zapater, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**, p. 86.

La culpabilidad se constituye en una categoría, cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos que, sin pertenecer al injusto, determinan la imposición de una pena. Por ello la importancia de verificar en el caso concreto, todos estos requisitos que hacen factible la imposición de una pena. Sin embargo, su análisis también funciona en sentido contrario, es decir, ante la ausencia de estos requisitos que la conforman, surge la imposibilidad de imponer la pena. El fundamento de la culpabilidad se sustenta en señalar que actúa culpablemente, quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho. No obstante, aun hoy día el tema de la culpabilidad, es controversial. En este sentido se indica:

> Según la concepción tradicional, actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera. Esta definición refleja claramente el concepto tradicional de culpabilidad que se encuentra en cualquier manual o tratado de derecho penal. Pero esta concepción, cuyas raíces ideológicas e históricas no vienen ahora a cuento, es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo; algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar.
>
> Como decía Engish, aunque, el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si uso de su capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diferente a como se actuó, es por consiguiente indemostrable[328].

La dogmática penal sustenta el concepto de culpabilidad, en el criterio de que la persona pudo actuar en forma distinta a como lo hizo, es decir, optando por la no comisión de la conducta delictiva. No obstante, a pesar de los ataques que se le formulan a este criterio, tampoco los detractores, como Muñoz Conde, según la cita anterior, dan una solución que parezca más acorde con las circunstancias y que explique en forma coherente, cuál debe ser el fundamento de la culpabilidad.

Se dice que es indemostrable el criterio de que la persona pudo actuar de forma diversa a como lo hizo; pero tal criterio encuentra sustento real,

---

[328] Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito**, p. 100.

cuando se analiza dentro de la misma culpabilidad, la existencia de los diversos elementos o requisitos que la conforman.

Bajo esta óptica se puede entonces constatar si la persona pudo o estaba en condiciones de actuar en forma diversa a como lo hizo; por ejemplo, si actuó bajo coacción o amenaza, sin posibilidad alguna de actuar en forma diversa a como lo hizo, etc.

Sobre el pensamiento de Muñoz Conde y, concretamente, sobre la cita anterior, también se ha comentado:

> Muñoz Conde pone de manifiesto que el concepto tradicional de imputabilidad se basa en aquellas ideas de la filosofía escolástica que consideran al hombre como ser libre. Quizás sea más esperanzador pensar así. El concepto de imputabilidad, sin embargo, no puede ser entendido en abstracto, sino dentro de las coordenadas de un determinado contexto sociocultural. En opinión de Muñoz Conde, se llama *imputabilidad* al conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable de un hecho típico y antijurídico. Si no concurren tales facultades en una persona, se presupone que carece de libertad de voluntad. Pero, ¿cómo probar si efectivamente es así? Resulta indemostrable determinar si un sujeto actuó libremente o no. Además, y en esto coincidimos plenamente con Muñoz Conde, las facultades intelectivas y volitivas no son las únicas que determinan una conducta, sino que en la capacidad de culpabilidad influyen también otros factores: psíquicos, socioculturales […][329].

A continuación, se procede a analizar en forma separada, los elementos que componen la culpabilidad, sean estos: imputabilidad, conocimiento de la ilicitud, poder actuar a derecho, recordando que:

> Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en la persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse

---

[329] http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-52001000100008&script=sci_arttext. Consultado el 5 de junio de 2007. **Artículo que también puede ser localizado en**: Burgos Mata, (Álvaro). Trastorno Mental Transitorio, En Revista de Medicina Legal de Costa, Rica, ISSN 1409-0015, *versión impresa.*

> motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella. Si por el contrario, el individuo, por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no le era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, es decir, el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor, y, por tanto, este tampoco podrá ser sancionado con una pena[330].

La cita anterior pone de manifiesto la importancia del análisis que se efectúa a nivel de la culpabilidad. Debe notarse como una serie de circunstancias puede incidir a efectos de que la responsabilidad penal, que se analiza en este estadio de la teoría del delito, se elimine, se atenúe o se cumpla parcialmente.

Así surge la necesidad de que el y la profesional de la Defensa Pública, manejen con rigor técnico, cada una de estas circunstancias y las consecuencias que para la persona representada implica. No solo es conocer, por ejemplo, en qué consiste el error culturalmente condicionado, sino manejar en forma adecuada, las implicaciones del mismo en cuanto a la responsabilidad penal. Únicamente conociendo estos institutos y manejándolos adecuadadamente, pueden ser utilizados a favor de los intereses que como defensores y defensoras públicos, tenemos que representar a diario en nuestras funciones, lo cual obviamente está muy ligado a la estrategia que se fije en el debate e, incluso, desde el inicio del proceso para hacerla valer en la audiencia preliminar.

A continuación, se procede a realizar un análisis breve de cada uno de estos requisitos que conforman la culpabilidad.

---

[330] Muñoz Conde, Francisco, **Teoría General del Delito**, p. 104.

SECCIÓN II:
ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA CULPABILIDAD

1. LA IMPUTABILIDAD

A la imputabilidad también se le conoce como la capacidad de culpabilidad y, a través de ella, se lleva a cabo el reproche o desaprobación personal por la realización del injusto penal. En doctrina se define de la siguiente forma:

> Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes, para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad [...][331].

Cuando se analiza el tema de la culpabilidad, se alude a la necesidad de que la persona al momento de la realización del hecho señalado como delictivo, posea la capacidad psicológica que le permita comprender la desaprobación jurídico-penal del acto que realiza y para dirigir su comportamiento de acuerdo con esa comprensión. En igual sentido, se señala:

> Es decir, primero vamos a examinar si el sujeto es una persona capaz, mentalmente hablando, para detectar si puede ingresar al conocimiento de la prohibición o no para partir de allí hacer un juicio de conciencia de la antijuridicidad, para ver si el sujeto puede dirigir sus actos de acuerdo con el conocimiento que se tenga de la norma.
>
> Cuando hablamos de capacidad de culpabilidad estamos tocando un tema muy debatido en la doctrina, sin embargo, casi toda la doctrina coincide que se trata de observar si en el momento de la acción el sujeto era capaz de comprender el carácter ilícito del acto y si el sujeto era capaz de mover sus acciones de acuerdo con ese conocimiento y con esa comprensión[332].

---

[331] Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito**, p. 104.

[332] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo, **Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal,** p. 163. ***Véase en igual sentido:*** De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana**, Óp. cit.,** p. 335.

La imputabilidad nos obliga a analizar las condiciones mentales y psíquicas, bajo las cuales se encontraba la persona al momento de la comisión del hecho, señalado como delictivo, por cuanto diversas circunstancias o situaciones, pueden afectar el estado emocional de la persona. De esta manera, se requiere que el o la profesional de la Defensa Pública, extreme los cuidados, al momento de realizar este análisis, tratando de establecer si existió alguna circunstancia que, de alguna forma, pudo afectar la comprensión del hecho, al momento en que se ejecutó por parte del agente. Por ejemplo, el acaecimiento de un estado de emoción violenta o de un error de prohibición, cuando sucede el hecho, etc.

En la doctrina, algunos autores, como Enrique Bacigalupo, prefieren hablar de capacidad de motivación en sentido estricto, pues indican que a pesar de que la doctrina tradicional, designa a este elemento como imputabilidad, la misma es poco práctica, por cuanto no señala el elemento que realmente importa, sino el problema en forma muy general que se quiere resolver[333].

Para una mejor aclaración del término culpabilidad, se indica:

> La cuestión de la capacidad de motivación es de naturaleza eminentemente jurídica: no debe confundirse, por lo tanto, con una cuestión médica o psiquiátrica, aunque sea necesario determinar algunos conceptos médicos. La capacidad de motivación es la capacidad de motivarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal [...]y b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión[334].

En la legislación costarricense, no se define la imputabilidad, pero sí se establece, cuando una persona no es imputable. Para estos efectos, el artículo 42 del Código Penal dispone:

> Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes[335].

---

[333] Bacigalupo Zapater, Enrique. **Manual de Derecho Penal. Parte General**, p. 156.
[334] Bacigalupo Zapater, **Ibíd.**, p. 156-157.
[335] **Código Penal de Costa Rica**, Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17ª Edición, San José, art. 42, pp. 32-33.

La anterior norma se complementa con la regulación que se realiza en el artículo 43, también del Código Penal, en la cual se presenta lo concerniente a la imputabilidad disminuida. Para ello se establece:

> Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quién, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión[336].

De las normas antes transcritas, se deben analizar varios aspectos, entre ellos: enfermedad mental y grave perturbación de la consciencia.

2. LA ENFERMEDAD MENTAL

Con respecto al concepto de enfermedad mental, se refiere:

> El concepto de enfermedad, elaborado sobre una idea natural, limitó el alcance de su contenido. Según Núñez, partiendo luego de la unidad de la mente humana, se ha ampliado la noción de enfermedad mental –que antes se limitaba a la psicosis-, incluyendo trastornos de otro tipo, sobre todo afectivos y ahora comprende también las neurosis y las personalidades psicopáticas[337].

En igual sentido, se ha indicado:

> De modo que por enfermedad mental debe comprenderse todos los trastornos patológicos, innatos o adquiridos, permanentes o pasajeros, que tienen o no un origen somático, que afectan más al entendimiento o a la voluntad, a la vida afectiva o instintiva del individuo (29). Este concepto de enfermedad mental es, pues, más amplio que el adoptado, generalmente, en medicina (30). En donde, de otra parte, los especialistas están lejos de sostener un criterio uniforme. Sin embargo, cabe señalar que la opinión dominante defiende una noción restringida[338].

---

[336] **Código Penal de Costa Rica**, **Ibíd.**

[337] Núñez Citado por Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **óp. cit**, p. 37.

[338] **http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/mdp/mdpdel5.htm#110,** Consultado el 3 de junio de 2007.

Debe agregarse que la enfermedad mental excluye o disminuye la imputabilidad. No obstante, tiene que acreditarse que para el momento en que se ejecutó el hecho, la persona se encontraba bajo los efectos de tal estado. Por ello se expresa que:

> Entre las enfermedades determinantes de inimputabilidad están: el retraso mental en sus grados de moderado a severo, la esquizofrenia que ha llegado a la psicosis franca; la paranoia en forma de delirio; la epilepsia en situación de demencia, crisis convulsiva o episodio epiléptico. Por otro lado dan lugar a la imputabilidad disminuida las siguientes enfermedades: la locura incompleta con disminución de funciones cognitivas y volitivas, sin llegar a privar completamente de ellas: el retraso mental en grado grave y leve; la esquizofrenia cuando no ha alcanzado el grado de psicosis franca; la paranoia; la epilepsia incipiente y la desarrollada y la epilepsia fuera de las crisis convulsivas[339].

No se pretende aquí realizar una enunciación exhaustiva de las enfermedades mentales que afectan la imputabilidad o que causan inimputabilidad disminuida, sino mencionar algunos ejemplos, con la finalidad de llamar la atención sobre su diversa naturaleza, por lo que el profesional de la Defensa Pública, siempre que tenga sospecha de que existe algún rasgo anormal en la conducta de aquella persona, a la cual se representa, debe solicitar que se le practique el examen correspondiente, con la finalidad de ponerla de manifiesto y que la misma sea valorada adecuadamente.

Asimismo, en la práctica diaria, el defensor y defensora públicos atendemos a imputados e imputadas que presentan enfermedades o trastornos mentales que pueden señalarse como usuales. Pero también puede darse, como ya ha ocurrido, que existan personas acusadas que son portadoras de trastornos que, hasta este momento, son poco conocidos. Por estos motivos, las circunstancias nos obligan a investigar constantemente y a informarnos ya que en nuestros tribunales, se han ventilado casos de esta naturaleza. Así en un caso concreto, se discutió sobre la existencia de un síndrome denominado de Munchausen por Proxi, en el cual se señaló:

> En efecto le asiste razón a la impugnante en sus dos reproches formales. Cabe advertir que en esta compleja causa se tuvo por demostrado que la acusada sometió a su hija M. A.

---

[339] Vargas Alvarado, Eduardo**, c**itado por: Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.**, p. 38.

V. B. a múltiples e innecesarias consultas médicas e internamientos hospitalarios, como consecuencia de falsos padecimientos que la primera narraba a los médicos, lo que a su vez dio origen a la prescripción de diversos medicamentos (por inducción de la madre) que no eran requeridos por la menor y que en definitiva le produjeron a ésta serios quebrantos de salud, que incluso pusieron en peligro su vida (ver cuadro de hechos probados a fs. 589 vto. y 590 fte.). Ahora bien, en las argumentaciones de fondo los juzgadores se refieren a la anterior relación fáctica -con examen de las pruebas y dictámenes aportados al juicio- como producto del llamado síndrome de Munchausen por Proxi, según el cual los niños son víctimas de conductas aberrantes de los adultos (generalmente las propias madres), que los llevan de modo reiterado y obsesivo ante profesionales médicos, para que sean tratados por enfermedades que no existen, convirtiendo la situación -entre otros problemas- en un verdadero desajuste familiar y emocional, en el cual quedan atrapados tanto aquellos como los propios ofensores (ver fs. 602 fte y vto. 606, 607, 608 y 613, entre otros). Se reconoce así que la encartada incurrió en la conducta abusiva atribuida en la acusación en perjuicio de la ofendida. Sin embargo el tribunal sentenciador resuelve que aunque es conveniente que aquella se someta a un tratamiento psicológico y psiquiátrico (por el bien suyo y de sus otros hijos), no se le puede atribuir delito doloso ni culposo alguno ya que no es posible afirmar que hubiese actuado con la intención de acabar con la vida de su hija M. A. agregando que aunque pudiera pensarse que pudo haber ocasionado la muerte de ésta por negligencia o culpa, tampoco sería posible sancionarla porque no está tipificada en nuestra legislación penal la tentativa de homicidio culposo, lo cual es correcto (ver f. 614 fte.). Pero debe observarse -al igual que lo hace la impugnante- que los hechos anteriormente señalados que fueron acreditados en el fallo, establecen el comportamiento irregular de la imputada en relación con la ofendida y los daños que le produjo a su salud, al punto de poner en peligro su vida (ver fs. 589 vto. y 590 fte.), y pese a que se tuvo como no probado que tuviera la intención consciente y determinada (sic. F. 590 vto.) de darle muerte, es lo cierto que el a quo no resulta congruente en sus planteamientos, pues no descarta que aquella estuviese en el goce pleno de sus facultades mentales o que al menos su conducta patológica interfiriera con su conocimiento y voluntad en alguna medida, lo que podría derivar no solo en un caso de dolo eventual, sino también en

> una disminución de la imputabilidad o de inimputabilidad absoluta, condiciones estas dos últimas sobre las que no se aprecia ningún pronunciamiento y que en el presente asunto podrían tener relevancia, pues están contenidas expresa o implícitamente en los correspondientes dictámenes que fueron incorporados al debate[340].

Véase que en el caso anterior, el asunto llegó hasta Casación, por un recurso con alegatos de forma, sea violación de las reglas de la sana crítica. Pero aunque desde el punto de vista médico, se establezca que efectivamente la imputada era portadora del mencionado síndrome, correspondería (al defensor o defensora), señalar en forma precisa, cuáles son las consecuencias concretas que produce tal afectación; si se trata de una enfermedad mental o de un trastorno mental. ¿Si se trata de un caso de enfermedad mental que produce la inimputabilidad o, por el contrario, si es un caso de imputabilidad disminuida? A estas interrogantes debe dar respuesta la defensa al emitir sus conclusiones, siempre buscando ser convincente para lograr el resultado que más favorezca a la persona que se representa. Sin embargo, para ser convincente, las circunstancias obligan a estudiar e indagar el tema. Si se quiere convencer, para ello se requiere dar buenas razones.

Con respecto al artículo 42 del Código Penal, también se ha manifestado:

> La norma transcrita define como inimputable a quien no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión a causa de enfermedad mental o grave perturbación de la conciencia. Dicha norma, como lo hace ver Arias Madrigal, es abierta (numerus apertus), al acoger tanto la posibilidad de la existencia de una base patológica (enfermedad mental), así como, el efecto psicológico o choque psíquico producido por determinados estímulos que pueden hacer reaccionar al sujeto de una manera anormal [...] superándose la discusión en la doctrina y la jurisprudencia extranjera que en algunas ocasiones, requiere como presupuesto inexorable la base biológica. A lo anterior debe agregarse que la apertura del numeral 42 lo es también al aceptar como base de la grave perturbación de la conciencia otras posibilidades que no sean el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias

---

[340] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1380-1999, de las catorce y treinta horas del 5 de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

> enervantes, por lo que el efecto psicológico o choque psíquico fundamentador de la grave perturbación de la conciencia, puede deberse a múltiples causas o factores[341].

Este artículo 42 del Código Penal de Costa Rica, interpretado a contrario sensu, señala que es imputable, es decir que tiene capacidad de culpabilidad, quien posea la capacidad para comprender el carácter ilícito del hecho. Este carácter debe ser entendido, como una fórmula escogida por el legislador, a través de la cual se quiere indicar el aspecto del conocimiento de la antijuricidad y, por ende, por ilícito, se debe entender antijurídico[342].

Por su parte, el numeral 43 del Código Penal regula la denominada imputabilidad disminuida que surge cuando en virtud de las circunstancias previstas en el artículo 42, el sujeto posea al momento de la acción u omisión, de manera incompleta, la capacidad de comprender el carácter ilícito o de determinarse, de acuerdo con dicha comprensión, para ello indica:

> Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quién, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión[343].

Esta norma ha sido analizada en la jurisprudencia nacional de la siguiente forma:

> Para solucionar adecuadamente el reclamo de la defensa es necesario hacer algunas consideraciones de fondo en cuanto a la particular regulación que presentan los artículos 42 y 43 del Código Penal en relación a la culpabilidad. Nuestro ordenamiento jurídico penal recoge lo que se ha dado en llamar en doctrina la teoría normativa de la culpabilidad, en virtud de la cual el juicio de reproche sobre el autor de un hecho típico y antijurídico descansa, no en la vinculación subjetiva del mismo con el hecho (como lo sostenía la teoría psicológica), sino en la capacidad del agente -la que se debe fijar al momento del hecho- de conocer el carácter ilícito de sus

---

[341] Ver Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.**, pp. 34-35.

[342] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. **Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal,** p. 165.

[343] **Código Penal de Costa Rica**, art. 43, **Óp. cit.**, p. 33.

actos y de adecuar su conducta a dicho conocimiento: ...La teoría psicológica fue reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad... el que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera... en este sentido se distingue en primer término la cuestión de la capacidad de comprender la antijuricidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión (la llamada imputabilidad)… Bacigalupo (Enrique), PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, ediciones Akal S.A., Madrid. 2ª edición, 1990. Página 173. El numeral 42 antes citado admite como posible que la culpabilidad pueda excluirse cuando el sujeto -al momento de la acción u omisión- no posea la referida capacidad de comprensión, o de determinarse de acuerdo a ella, cuando se deba a una enfermedad mental o a una grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. Cuando no se elimina sino que se disminuye esa condición para ser imputable, estaremos ante la hipótesis del artículo 43 ibídem. Es claro entonces que las situaciones antes descritas se presentarán cuando, como es el caso que nos ocupa, el agente activo no se haya colocado voluntariamente en este estado sino que padece de alguna enfermedad mental que altera esa capacidad de comprensión. Además, por principio general (aunque habrá casos excepcionales donde ese juicio deberá retrotraerse al momento en el que el mismo se colocó en tal estado, donde se aplicarán las reglas de la actio libera in causa) este juicio de culpabilidad deberá establecerse al momento en el que se despliega la conducta.

IV.- Según el anterior análisis teórico, resulta claro que la decisión que se impugna incurre en un grave yerro de fondo, pues condenó al acusado a sufrir una pena privativa de libertad como autor responsable de las conductas ilícitas investigadas y ordenó con base en ello la inscripción del fallo en el registro judicial, a pesar de tenerse como un hecho probado que -al momento de darse los comportamientos- el mismo adolecía de imputabilidad disminuida. Tal y como el mismo órgano de instancia lo razonó adecuadamente, en el caso que nos ocupa no se dan todos los elementos necesarios para que se configure una acción que pueda generar una consecuencia o reproche jurídico-penal, ello por cuanto si bien existen acciones típicas y antijurídicas, no se configuró la culpabilidad. En relación a este tema, incluso, la Sala Constitucional se ha

pronunciado en el sentido de que [...] lesiona dicha garantía constitucional (el debido proceso), la sentencia condenatoria que se dicte contra un inimputable […]voto Nº 8383-97, de las 16 horas del 09 de diciembre de 1997. En efecto, si en la especie quedó claro que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de sus actos del señor Segura Miranda se encontraba disminuida por un padecimiento mental, la conducta por él desplegada -carente entonces de culpabilidad- no podría de ningún modo calificarse como delictiva, de donde no era legalmente posible declararlo autor responsable de los hechos; condenársele a sufrir una pena; ni mucho menos ordenar la inscripción de la condenatoria en el registro judicial correspondiente. Así las cosas, con base en lo dispuesto por el artículo 43 del Código Penal, se declara con lugar la queja formulada por la defensa pública del encartado, casar la sentencia, y en su lugar debe declarársele autor del hecho con imputabilidad disminuida. Asimismo, no obstante que no pueda predicarse un juicio de reproche penal en contra del agente por ausencia de culpabilidad, siendo imperativo que en estos casos se aplique una medida de seguridad, con base en lo dispuesto por los numerales 98 inciso 1º, 101 inciso 1º y 102 inciso a) ibídem, conforme a las conclusiones que se exponen en el dictamen médico de folios 11 a 13, donde se explica que la patología que presenta el acusado se traduce en un comportamiento agresivo que implica peligro para terceras personas, y siendo que el mismo no cuenta con apoyo ni contención familiar que venga a garantizar que cumpla con un adecuado tratamiento extrahospitalario supervisado, se mantiene la medida curativa de internamiento en un hospital psiquiátrico ordenada por los jueces de mérito, con la salvedad de que evidentemente la misma no podrá ni deberá cumplirse en un centro penitenciario sino en una institución idónea a dichos efectos. El tribunal de instancia debe procurar el inmediato traslado de L. A. S. M. a una institución de salud mental que pueda dar cumplimiento a lo que en esta resolución se ordena[344].*

---

[344] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 1254-1999 de las catorce horas con treinta y seis minutos, del año mil novecientos noventa y nueve. ***Véase* en igual sentido*:* Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 561-F, de las nueve horas del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres.

* Con un criterio totalmente contrario a lo expresado en el voto número 1254-1999, se afirma que si es dable imponer una pena en un asunto con inimputabilidad disminuida. **Véase en este sentido: Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 214-04, de las once horas siete minutos, del cuatro de marzo de dos mil cuatro.

El fallo anterior pone al descubierto que el tema de la imputabilidad, ni siquiera a nivel de nuestros jueces, se maneja en forma adecuada, lo que nos obliga a todos los que integramos la Defensa Pública, a redoblar esfuerzos con miras a evitar que como sucedió en el caso de marras, se impongan sanciones ilegales. Y es que en la práctica diaria, se puede palpar que las consecuencias que deparan las enfermedades mentales, que generan inimputabilidad o imputabilidad disminuida, no es manejada en forma eficiente.

Véase que en el anterior caso, los jueces tuvieron clara conciencia de la existencia de una enfermedad mental en el acusado, que le provocaba una imputabilidad disminuida, ante lo cual el imputado no podía ser declarado culpable. No obstante, el Tribunal lo declara responsable de los hechos, es decir culpable y le impone una pena de tres años y, como consecuencia de ello, ordena que atendiendo al estado mental de esta persona, la pena se convierta en una medida de seguridad curativa de tratamiento psiquiátrico, y que la misma se cumpla en un centro penitenciario cerrado por el mismo tiempo de la condena.

En este sentido, el Tribunal dictó un juicio de reproche en contra del imputado, a pesar de que el mismo, por su condición mental, estaba imposibilitado para comprender el carácter de sus actos. Y para colmo de males, ordena que cumpla dicha medida en un centro penitenciario cerrado, como si tal lugar estuviera acondicionado para responder a la naturaleza de una medida de esta especie.

De lo señalado hasta ahora, es menester referir que la imputabilidad o inimputabilidad, debe analizarse al momento en que se ejecutó la acción típica y antijurídica. Para ello debe tenerse presente lo que al respecto señala el artículo 19 del Código Penal, el cual establece:

> El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado[345].

3. GRAVE PERTURBACIÓN DE LA CONCIENCIA

Debe analizarse lo que se debe entender por grave perturbación de la conciencia, aspecto señalado en el artículo 43 del Código Penal, para lo cual se ha indicado:

---

[345] **Código Penal de Costa Rica**, **Óp. cit.**, art. 19, p. 23.

> Dice Vicente P. Cabello que la grave alteración de la conciencia es un concepto acuñado por la nomenclatura forense para aproximarse al trastorno mental transitorio y que desde la perspectiva psiquiátrica no aparece con características propias ni límites precisos, cumpliendo la misión de llenar los vacíos zonales que a menudo se producen entre los diferentes grados de una conducta inconsciente, desde la absoluta de la epilepsia hasta la imperfecta de la ebriedad del sueño.
>
> En la grave perturbación de la conciencia se encuentran tres tipos de alteraciones:
>
> - Mnesias lacunares: afloran recuerdos del hecho con interrupciones de la continuidad del curro mnésico. Se trata de imágenes aisladas que adquieren la forma de flash que iluminan por instantes algunos fragmentos del suceso.
> - Obnubililación de la conciencia: es una forma menor de confusión mental, se debilita la función perceptiva, por lo que el medio circundante se forma difuminado, con total desconcierto y perplejidad de quien lo padece.
> - Conciencia crepuscular: La capacidad sensorial no es uniforme, ya que se percibe un punto o zona central quedando en la oscuridad el resto del campo perceptivo[346].

Si la grave perturbación de la conciencia se asemeja al trastorno mental transitorio, entonces debe acudirse a este último concepto, para comprender mejor el tema. Para lo cual se define el trastorno mental transitorio:

> Es una forma de manifestación concreta del concepto de alteración o anomalía psíquica (grave perturbación de la conciencia) que se caracteriza por su limitada duración, sin que sea exigible ni esencial la base patológica, pero que lleva a que en el sujeto desaparezca la capacidad de comprensión de lo ilícito y de dirigir la propia conducta según ese conocimiento[347].

---

[346] Ver Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.**, p. 39.

[347] Arias Madrigal, Doris María. **El Trastorno Mental Transitorio y sus consecuencias en la imputabilidad, con especial referencia al trastorno de estrés post-traumático y la Violencia Doméstica.** En Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal Volumen 7, diciembre de 2002 y Volumen 8, junio 2002. Citado por**:** Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.**, p. 40.

Una forma sencilla de definirla es así:

> En relación con la grave alteración de la conciencia, el profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, que no le permite darse cuenta de lo que hace en el momento que actúa, existirá una perturbación de su conciencia (33); es decir, de su propia conciencia, de la conciencia de los hechos exteriores (34) o de la relación existente entre ambas, lo que implica una perturbación de la autodeterminación (35). Esta perturbación de la conciencia no tiene un origen patológico; por ejemplo: los estados intermedios de ebriedad, la profunda fatiga, la hipnosis. El legislador emplea con justeza la expresión grave alteración de la conciencia y no la de ausencia total de conciencia. Si ésta falta no hay acción, pues, la voluntad no existe (36)[348].

De esta manera, la grave perturbación de la conciencia está relacionada con aquellas circunstancias bajo las cuales, la persona pierde la noción de lo que acontece y, por ende, no tiene el dominio de sus propias acciones. Tal situación se genera, por ejemplo, cuando la persona actúa bajo un estado de emoción violenta, en donde pierde los frenos inhibitorios y, por ello, actúa sin tener control de sus actos.

Se señalan como graves perturbaciones de la conciencia, el miedo insuperable, el estado pasional y el estado de emoción violenta. Todos estos estados se caracterizan, porque quien los sufre, logra la curación total y definitiva, su carácter transitorio, pero presentan como problema que su valoración se realiza en forma posterior a su acaecimiento, por lo que tan solo se realizan valoraciones que pretenden aproximarse a lo que realmente sucedió y a la forma cómo se presentó el evento[349].

---

[348] **http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/mdp/mdpdel5.htm#110, Consultado el día 4 de junio de 2007.**

[349] Se pueden ampliar más detalles sobre el trastorno mental, tales como: intensidad de la perturbación, momento de apreciación y duración en: Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.**, pp. 42-44.

4. ACTIO LIBERA IN CAUSA

Es oportuno analizar ahora la situación regulada en el artículo 44 del Código Penal, y es precisamente lo atinente a la actio libera in causa, conocida como Alic, la cual presenta características muy especiales, porque a través de la misma, no se genera la inimputabilidad total o disminuida, sino que más bien, se trata de un método de análisis a través del cual, se verifica si el estado de grave perturbación de la conciencia, bajo el cual se ejecutó el acto delictivo, se generó dolosa o culposamente. Lo que obliga a analizar la conducta del agente, previo a colocarse en tal estado.

Además, Se regula la actio libera in causa en el artículo 44 del Código Penal de la siguiente forma:

> Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa[350].

Sobre la actio libera in causa se indica:

> Todas las categorías del delito van referidas al momento de la comisión del hecho. La imputabilidad no podía ser una excepción en este sentido. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable, viene referida al momento de la comisión del hecho. La actio libera in causa constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica[351].

Por tanto, varios aspectos se deben destacar de la actio libera in causa. En primer lugar, el hecho delictivo se realiza cuando el agente se encuentra en un estado de inimputabilidad, pero que ha sido propiciado. Por ello se analiza la actuación del imputado, pero antes de ponerse en tal estado. La nota característica de este supuesto, es que el sujeto se coloca en forma dolosa o

---

[350] **Código Penal de Costa Rica**, Óp. cit., art. 44, p. 34.
[351] Muñoz Conde, Francisco **Teoría General del Delito**, p. 116.

culposamente, en una situación de inimputabilidad, en donde realiza la infracción penal. Así se afirma que contrario a lo que sucede usualmente:

> Comúnmente se dice que en las acciones liberae in causa la imputabilidad no se mide o afirma en el momento de la acción, sino en un momento anterior, o sea, en el momento en que, de forma voluntaria, se produce la situación de inimputabilidad coetánea a la ejecución del delito[352].

Al contrario de los casos anteriores, en donde se han establecido, fenómenos que, por sus características, generan que la persona sea inimputable o con imputabilidad disminuida, cuando se refiere una causa en donde ha operado la actio libera in causa, más bien se trata de establecer la imputabilidad del agente, precisamente por haber actuado, procurándose un estado de inimputabilidad que utiliza precisamente para delinquir. Por ello se analiza la actuación concreta de esta persona, pero previo a la comisión del hecho delictivo, con la finalidad de establecer, si actuó culposa o dolosamente.

La actio libera in causa, lo que hace es precisamente evitar que se exima de responsabilidad penal, a aquel que, a pesar de haber actuado bajo un estado de inimputabilidad, provocó dicho estado, con el propósito de cometer un delito, o al menos si no lo provocó con esta finalidad específica, tenía la obligación de prever la actuación delictiva en dicho estado.

La actio libera in causa en la jurisprudencia nacional, ha sido analizada de la siguiente forma:

> Asimismo, resulta indispensable aclarar que el supuesto estado de intoxicación alcohólica que aduce el recurrente, en el caso que nos ocupa, no tendría la virtud de excluir el juicio de reproche en contra del agente. Según lo establecen los numerales 42 y 43 del código de fondo citado, serán aplicables las reglas de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuida, siempre que la perturbación de la conciencia del agente haya sido provocada por enfermedad mental o por *el empleo accidental o involuntario* de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes. Por el contrario, y según lo estipula el artículo 44 ibídem, cuando el mismo sujeto haya provocado esa perturbación de su conciencia, el juicio de reproche jurídico-penal se trasladará a un momento anterior, respondiendo entonces del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el

[352] Ver Cobo del Rosal (M). Vives Antón (TS), **Óp. cit.,** p. 450.

momento en que él se colocó en ese estado... En este sentido el citado artículo 44 prevé varias situaciones: a) El agente provoca la perturbación de su conciencia, es decir, se coloca en estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida, en virtud de un acto culposo. Este sucedería, por ejemplo, cuando un sujeto -sin estar seguro de la naturaleza de la sustancia y sin guardar el mínimo cuidado- la ingiere, produciéndole la eliminación o disminución de su capacidad de comprensión, o de adecuar su comportamiento a ésta. b) El sujeto, a sabiendas de que la bebida que se le presenta le colocará en estado de inimputabilidad, voluntaria y conscientemente la toma, es decir, se coloca dolosamente en ese estado. c) El agente perturba voluntaria y conscientemente su capacidad con el deliberado propósito de facilitar la realización del hecho (ya sin capacidad de conocer su carácter ilícito o de adecuarse a ese comportamiento), o de procurarse una excusa. En esta última situación -que constituye la actio libera in causa en sentido estricto- la pena respectiva podría agravarse. Según las anteriores consideraciones, en el caso concreto -de acuerdo a los hechos probados del fallo- el encartado de forma consciente y voluntaria, sin que nadie lo obligara a ello, y sabiendo que cuando se encuentra ebrio realiza acciones violentas sin conocimiento de su carácter ilícito, decidió colocarse en estado de inimputabilidad. Una vez en dicha condición, con su capacidad de motivarse en la norma ligeramente disminuida, realizó los comportamientos típicos y antijurídicos que describe el pronunciamiento. Debido a lo anterior, resulta claro que la actuación del encartado se ubica en la hipótesis antes identificada como b), es decir, se colocó dolosamente en ese estado de perturbación de su conciencia, por lo cual en la especie no resultan aplicables los artículos 42 y 43 antes analizados... La situación que describe el fallo transcrito, *en el supuesto* de que se admitiera hipotéticamente que el señor Á. C. -al ejecutar sus actos lascivos- atravesaba una perturbación de su conciencia que le impedía conocer el carácter ilícito de los mismos, o adecuar su comportamiento a ese conocimiento (extremo que, según se explicó, fue descartado por los jueces de instancia), resultaría aplicable al caso que nos ocupa, pues según lo argumenta el propio recurrente el mismo acusado se colocó dolosamente en ese estado, al consumir de forma voluntaria cierta cantidad de licor a sabiendas de que es un alcohólico crónico. Lo anterior significa que, aún incluyendo hipotéticamente la existencia de un estado de grave perturbación de la conciencia al mo-

> mento de los hechos, provocada por la ingesta de alcohol, ello en nada afectaría el juicio de culpabilidad establecido en el fallo impugnado, pues resulta evidente que no estaríamos ante los supuestos de los artículos 42 y 43 citados, sino más bien resultaría aplicable el 44 ibídem, por cuanto la embriaguez del agente tuvo su origen en un acto voluntario de su parte. Por último, y en esto se refuerza el criterio del tribunal de juicio, es claro que en la conducta del encartado que describe el fallo recurrido resulta impensable la concurrencia de un estado transitorio de perturbación de la conciencia, ello no sólo porque el menor ofendido explica con claridad que el señor Ávila no se mostraba como ebrio, sino además -de acuerdo a las reglas de la experiencia- porque es imposible que una persona que no sabe lo que hace (como lo sostiene la defensa) logre ejecutar una acción tan bien dirigida a una finalidad, esto es, la satisfacción precisa y detallada de los apetitos sexuales a través de un comportamiento bien planeado, que cuidadosamente ejecutó. En efecto, según lo explica la sentencia, el acusado puso en práctica todo un plan preconcebido, gracias a lo cual se procuró y consiguió quedar a solas con el niño G.A.D.G, lo que aprovechó para, en la primera oportunidad, mostrarle su pene, y en la segunda, masturbarse frente a él hasta eyacular, diciéndole que hiciera lo mismo. Estas dos acciones fueron ejecutadas con el fin de saciar su propio apetito libidinoso. Es claro que un comportamiento de esta naturaleza resulta incompatible con un estado de perturbación de la conciencia, pues de haber existido ésta, aquel no se hubiera producido[353].

Analizado el caso anterior, donde se admite que el imputado se trataba de un alcohólico crónico, teniendo conocimiento de que el alcoholismo es una enfermedad y que la misma se manifiesta, como una adicción, preocupa el análisis que efectúa la Sala Tercera al rechazar el recurso planteado, dando un fundamento nada convincente, el cual pretende tener validez para todos aquellos casos, en donde la persona que comete el delito, se encuentra bajo los efectos de una adicción, incluso de naturaleza crónica.

---

[353] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 311-98, de las diez horas con treinta y cinco minutos, del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho. ***En este voto se reiteró la fundamentación que ya se había dado en***: **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 795-97, de las dieciséis horas diez minutos, del siete de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Afirmar que un alcohólico crónico no puede, ni debe consumir licor, precisamente por la posibilidad de que en tal estado, cometa actos delictivos, es precisamente desconocer la naturaleza de su adicción que como tal se manifiesta, en una grave perturbación, física y mental, en donde el organismo le pide consumir esa sustancia que aunque es dañina, de alguna forma le acarrea tranquilidad.

En el caso anterior, concretamente afirma la Sala que:

> …el encartado de forma consciente y voluntaria, sin que nadie lo obligara a ello, y sabiendo que cuando se encuentra ebrio realiza acciones violentas sin conocimiento de su carácter ilícito, decidió colocarse en estado de inimputabilidad.

¿Es posible afirmar que un alcohólico crónico, consciente y voluntariamente se coloca en estado de ebriedad? ¿Dónde queda entonces la grave problemática que implica el alcoholismo como adicción? Para una mejor ilustración de este comentario, veamos brevemente algunos aspectos relacionados con la problemática del alcohol:

> DEFINICIÓN DE ALCOHOLISMO: Es una enfermedad caracterizada por un conjunto de síntomas psíquicos, físicos y de desajuste social, que son causa de la intoxicación crónica del alcohol.
>
> Es un proceso patológico que queda definido por el conjunto de lesiones orgánicas y trastornos psíquicos originados por el consumo repetido y continuado de bebidas alcohólicas.
>
> - Es toda manifestación morbosa, psíquica y somática, producida por la intoxicación del alcohol etílico. Se distinguen un síndrome causado por el abuso habitual y prolongado de bebidas alcohólicas, y una forma aguda.
> - Es la intoxicación causada por la ingestión repetida de bebidas alcohólicas.
>
> ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ALCOHOLISMO?
>
> La OMS define al alcoholismo como un trastorno crónico de la conducta caracterizado por la dependencia hacia el alcohol expresado a través de dos síntomas fundamentales: la incapacidad de detenerse en la ingestión de alcohol y la imposibilidad de abstenerse de alcohol[354].

[354] http://www.misionrg.com.ar/alcohol.htm, Consultado el día 5 de junio de 2007.

En igual sentido, se afirma:

> El alcoholismo es una enfermedad crónica, progresiva y a menudo mortal; es un trastorno primario y no un síntoma de otras enfermedades o problemas emocionales. La OMS define el alcoholismo como la ingestión diaria de alcohol superior a 50 gramos en la mujer y 70 gramos en el hombre (una copa de licor o un combinado tiene aproximadamente 40 gramos de alcohol, un cuarto de litro de vino 30 gramos y un cuarto de litro de cerveza 15 gramos). El alcoholismo parece ser producido por la combinación de diversos factores fisiológicos, psicológicos y genéticos. Se caracteriza por una dependencia emocional y a veces orgánica del alcohol, y produce un daño cerebral progresivo y finalmente la muerte [355].

Luego de analizar estas citas bajadas de internet, con respecto al alcoholismo, surgen las siguientes reflexiones: el alcohólico crónico no se coloca en estado de inimputabilidad (estado de ebriedad) en forma consciente y voluntaria, pues dicha enfermedad se caracteriza por una dependencia emocional y orgánica que produce graves afectaciones físicas, psíquicas y emocionales. Y se caracteriza por ser un trastorno crónico de la conducta.

Bajo estas circunstancias, soy del criterio de que las afirmaciones esgrimidas por la Sala, con el objetivo de aplicar la actio libera in causa en el caso concreto, son totalmente incorrectas y desacertadas, por cuanto violentan los más elementales principios que informan la sana crítica racional, e incluso, se estarían desconociendo las graves implicaciones que acarrea, el padecimiento de una adicción.

En contra de la forma cómo se pronunció la Sala Tercera en el anterior caso, también se ha indicado:

> El análisis realizado por la Sala Tercera respecto de la imputación subjetiva de la conducta no tiene los alcances que son deseados. Para sancionar por un delito doloso, se requiere de un doble dolo al momento de la provocación como lo reconoce la Sala Constitucional y se desprende de la regulación legal de la actio libera in causa en el Código Penal, que como hemos visto, exige dolo o culpa en el autor al momento de la provocación con respecto a la conducta que luego se ejecuta

---

[355] http://www.monografias.com/trabajos/alcoholismo/alcoholismo.shtml, consultado el día 5 de junio de 2007.

> en estado de inimputabilidad, la que también debe ejecutarse dolosamente, exigencia que es por demás acorde con los postulados doctrinales respecto de la actio liberta in causa dolosa o culposa, que exige al momento de la provocación doble dolo: dolo de provocación de inimputabilidad y dolo de lesionar el bien jurídico concreto en estado de inimputabilidad, lesión que también debe realizarse dolosamente.
>
> Si el imputado, al momento de provocarse el estado de inimputabilidad no sabía ni quería realizar las conductas que luego realizó en estado de inimputabilidad, como lo planteó su defensor, ¿Cómo podría ser sancionado a título de dolo, si como lo señala la Sala Constitucional, al momento de provocarse la inimputabilidad, el imputado no tenía el propósito de lesionar el bien jurídico que lesionó encontrándose en estado de inimputabilidad?
>
> En el caso concreto planteado, el imputado podría ser sancionado –a lo sumo- a título de culpa, pero para ello habría que determinar si están presentes los elementos para sancionar por culpa, que pareciera que si concurren, porque el imputado conocía que cuando se embriagaba se ponía violento, por lo que le era previsible que en ese estado lesionará bienes jurídicos. Nada de lo anterior fue objeto en la resolución de comentario, que por los planteamientos que contiene, da lugar a una responsabilidad penal fundamentada en el principio versari in re ilícita, principio para el que la responsabilidad la determina el azar, a no ser necesario que el sujeto quisiera o previera el resultado, bastando con que inicialmente haya realizado un acto ilícito (provocarse la inimputabilidad), exigiéndose únicamente entre el acto inicial y el resultado un simple nexo causal, sin que exista entre el acto inicial y el resultado una propia relación de riesgo, porque el acto inicial no crea el riesgo típico que se concreta en el resultado y sin que exista relación psíquica[356].

La crítica que se le plantea a la Sala Tercera, por la forma cómo resolvió el caso concreto, se sustenta en un importante elemento o principio. Precisamente el órgano de casación utilizó un principio totalmente en desuso, el cual fue utilizado en el pasado, y se denomina versari re in ilícita para decretar la responsabilidad de aquel que comete un delito, estando bajo los

---

[356] Ver Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.**, pp. 85-86.

efectos de una adicción, por supuesto bajo una situación de grave perturbación de la conciencia, y claro no se admite en dicha resolución, la utilización de este principio. Sobre el versari in re ilícita, se ha señalado en el Tribunal de Casación Penal:

> Bajo este principio, la antigua fórmula del versari in re ilícita (mediante la cual se respondía por las consecuencias propias de los actos, incluidas las fortuitas), no tiene sustento. Así mismo, corta, también, con la técnica de los delitos cualificados por el resultado, que fundamentan la agravación de los actos, respecto al resultado más grave, sin la existencia del dolo o la culpa[357].

El tema también ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal de Casación Penal, sobre lo cual ha señalado:

> Entre los alegatos que se hacen en el único motivo del recurso está que la sentencia no fue fundamentada para rechazar el alegato de que el imputado se encontraba ebrio al momento de los hechos. El motivo se acoge por la mayoría del Tribunal integrada por los jueces Llobet y Fernández, ello de acuerdo con los siguientes razonamientos. Para la determinación de la responsabilidad penal del imputado es importante determinar si puede estimarse que se encontraba bajo una incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad), tomando en cuenta lo indicado por los artículos 43 y 44 del Código Penal. Es importante anotar que el hecho de que el imputado se encuentre ebrio al momento de los hechos, puede hacer que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto se determine que existía esa inimputabilidad, aun cuando el licor haya sido tomado voluntariamente por el imputado, siempre por supuesto que no lo haya hecho para cometer el delito (o no pueda atribuírsele el mismo a título culposo, si existe la figura culposa respectiva), pudiéndose afirmar la responsabilidad penal aun en los supuestos de dolo eventual […] Importante es lo indicado por Raúl Eugenio Zaffaroni (Sistemas penales y Derechos Humanos. Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 36), quien critica como un caso de versari in re ilícita la interpretación jurisprudencial y doctrinal que se da en muchos países latinoamericanos a las reglas sobre ingestión voluntaria de bebidas alcohólicas, aun sin sustento

[357] http://www.derechopenalonline.com). Consultado el 4 de junio de 2007.

legal. Así indica: la tendencia jurisprudencial en casi todos los países (de Latinoamérica) fue a sancionar como doloso el injusto cometido en estado de ebriedad completa y voluntaria (entendiendo por tal la ingesta voluntaria de alcohol) [...] No obstante en las leyes positivas, no todos los Códigos (de Latinoamérica) contienen disposiciones que consagran la responsabilidad objetiva en caso de embriaguez, lo que demuestra que, en la mayoría de los casos, es una creación o invención jurisprudencial. y, lo que es penoso doctrinaria. Dicha observación de Raúl Eugenio Zaffaroni es correcta y aplicable a nuestra jurisprudencia. La confusión doctrinaria y jurisprudencial ha existido con respecto a la ingestión voluntaria de bebidas alcohólicas y a la actio libera in causa, o sea, se ha confundido la situación de provocarse el trastorno mental sin ninguna intención delictiva, con la de preordenar el estado de inimputabilidad para la comisión de un delito. Es importante citar lo indicado por Hans-Heinrich Jescheck (Tratado de Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1981): 'Una actio liberae in causa dolosa concurre cuando el autor ha provocado dolosamente su incapacidad de culpabilidad (o capacidad de culpabilidad disminuida) [...] y comete en este estado en forma dolosa aquella acción típica a la que iba dirigido su dolo ya en el momento de la actio praecedens... El dolo debe pues dirigirse tanto a la producción del estado de incapacidad, o de disminución de ésta, como a la comisión de la propia acción típica'. En este sentido cf. S. Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, PPU, 1990, p. 633; Schönke/Schroeder/Lenckner. Strafgesetzbuch. Kommentar, Par. 20, No. 36; Sentencia No. 325-95 de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Alajuela del 26 de diciembre de 1995. Resulta que en la sentencia se tiene por probado que el imputado se encontraba en estado de ebriedad, lo que eventualmente podría significar que actuara bajo un estado de falta de culpabilidad o de culpabilidad disminuida. Sin embargo, en la sentencia se omite todo análisis sobre ello, ya sea para afirmarlo o negarlo, por lo que debe afirmarse que carece de la debida fundamentación, debiendo el vicio ser declarado de oficio, ello conforme a la jurisprudencia constitucional que ha estimado que la falta de fundamentación de la sentencia condenatoria constituye una violación al debido proceso alegable incluso en la vía de revisión (Art. 106 C.P.P. de 1973 y 39 de la Constitución Política). Este criterio fue reiterado por el Tribunal de Casación en voto 297-2002 del 19 de abril del 2002. En el presente asunto ha estado en

> discusión si el imputado se encontraba en estado de ebriedad al momento de los hechos, ello no solamente en cuanto a lo indicado por él en su declaración indagatoria, sino por los diversos testigos[358].

Como puede verse, el criterio del Tribunal de Casación es tajante en cuanto a la necesidad de distinguir, cuando el estado de inimputabilidad obedece a una acción provocada voluntariamente para delinquir, y cuando la misma obedece, tan solo a una acción voluntaria, pero sin dicha finalidad ulterior. Y es que precisamente los estados de comisión de delitos, bajo estados de inimputabilidad por consumo de drogas, no pueden analizarse como si se tratara de una sola situación, como lo hace la Sala Tercera, la cual se limita al análisis, en cuanto a la actuación dolosa o culposa en que se encontraba el agente, antes de colocarse en dicho estado. E incorpora el análisis del Tribunal de Casación, un elemento fundamental en estos casos, pues refiere la necesidad de que el agente actúe con un doble dolo: uno en cuanto a colocarse en el estado de inimputabilidad, a través de la ingestión etílica, y una segunda actuación dolosa, en cuanto a la comisión propiamente de la acción delictiva.

En otro caso sometido, al criterio de la Sala Tercera, en el cual se argumentó en uno de los motivos del recurso de casación, el hecho de que dos de los imputados, al momento de la ocurrencia de los hechos, se encontraban en un estado de inimputabilidad, en virtud de que ambos eran adictos. Pero el recurso fue rechazado, para lo cual el órgano de casación señaló:

> Del contenido del reclamo se aprecia que los argumentos de la impugnante se dirigen a una cuestión jurídica muy específica, esto es, afirmar, en contra del criterio que externaron los juzgadores, que -por su alto consumo de drogas- al momento de ocurrir los hechos el coimputado Z. atravesaba un estado de inimputabilidad que en su caso hacía improcedente el dictado de una sentencia condenatoria, insistiendo además, también en contra de lo que se tuvo por demostrado en el fallo, que la droga que le fue decomisada no era para la venta sino para su propio consumo. Según se verá, este alegato también se reitera por la misma profesional en el recurso de casación que interpuso en favor del coencartado Y. Z. donde incluso y a dicho efecto ofreció un dictamen psiquiátrico y el testimonio del Doctor Francisco Jiménez Martén, por lo que

---

[358] **Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José.** Voto número 732-03, de las nueve horas con cuarenta minutos, del treinta y uno de junio de dos mil tres.

> lo que aquí se diga también será aplicable a la situación jurídica de este acusado. En lo que a dicho aspecto se refiere, la sentencia de mérito incorpora una amplia explicación según la cual se admitió (se tuvo por demostrado) que los imputados, tal y como lo argumentaron sus respectivos abogados defensores, mantenían la condición de adictos a las drogas, no obstante lo cual ello de ningún modo implicó que fuesen inimputables, ni fue obstáculo alguno para que se dedicaran a vender drogas a terceros… Aún si se aceptara que, para la época en la que se desarrolló la investigación que puso a flote la actividad ilícita que se estaba llevando a cabo en la discoteca Velvet Zone, estos dos acusados carecían de la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos, o de adecuar su conducta a dicha comprensión (lo que según se explicó fue definitivamente descartado en el fallo de instancia), no se podría perder de vista que, conforme se tuvo por acreditado, ambos imputados voluntariamente consumían drogas sintéticas (cfr. folio 2026 vuelto, línea 3 en adelante), lo que -conforme a la teoría normativa de la culpabilidad que recoge la legislación penal sustantiva- no excluiría de ningún modo el juicio de reproche en su contra, pues el mismo se retrotraería al momento en que se colocaron en dicho estado de intoxicación[359].

Nótese que, en el anterior caso, la Sala Tercera aceptó que dos de los imputados participantes en los hechos investigados, efectivamente presentaban la condición de adictos, cuando ocurrieron los hechos. No obstante, a renglón seguido, señala que tal hecho no produce la inimputabilidad de los mismos, pues simplemente se retrotraen los hechos al momento en que se colocaron en tal estado de intoxicación. Pero surge una pregunta: si se trata de dos personas adictas, ¿cuál es ese momento al que se deben retrotraer los hechos con la finalidad de establecer la responsabilidad penal de ambas? ¿Cuántos días, meses o años deben pasar antes de la detención de estos dos acusados? Para estas interrogantes, no se tiene una respuesta adecuada.

Debe tomarse en consideración que si presentaron al momento de ser detenidos, la condición de adictos, una adicción no se crea de la noche a la mañana, sino que es producto de todo un proceso de consumo que lleva a la persona a esa situación de dependencia total que es la adicción.

---

[359] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 257-2003, de las once horas con veinte minutos, del veinticinco de abril de dos mil tres.

Sobre el tema de la actio libera in causa, también la Sala Constitucional de nuestro país se ha manifestado en un fallo que no ahondó en el tema por cuanto, el Tribunal Constitucional consideró que la consulta que se le presentó, estaba mal planteada, ya que no se hizo de conformidad con las estipulaciones legales. Sin embargo, señaló al respecto:

> No obstante lo indicado en el considerando anterior, es conveniente señalarle al consultante que no podrá tener como doloso un hecho que ha sido cometido sin propósito. Al formular una de las preguntas solicita se le señale si puede hacerse reproche de culpabilidad en relación con un imputado que se embriaga VOLUNTARIAMENTE como bebedor social, y con una alcoholemia de trescientos cincuenta gramos por ciento, incapaz de comprender el carácter ilícito de sus actos, comete algún delito doloso sin que haya sido ese su propósito. Si para actuarse con dolo se exige que la conducta haya sido cometida con conocimiento y voluntad (ver artículo 30 del Código Penal), no podrá imputarse a ese título -dolo-, ninguna acción cometida sin propósito (voluntad). La perturbación provocada que regula el artículo 44 del Código Penal, es una formulación de la teoría de la actio liberae in causae, mediante la cual el planteamiento sobre imputabilidad se retrotrae a un momento anterior al desarrollo de la acción, aceptándose que el sujeto mantiene capacidad de atribución penal, aunque al momento de ejecutar la conducta, el sujeto activo se encontrara en imposibilidad de controlar sus actos como consecuencia de un hecho anterior a él atribuible. Lo que se reprocha es el haberse puesto en el estado, por dolo o culpa, en el que se produce el resultado constitutivo de delito. La doctrina ha aceptado que en realidad, todos los actos de supuesta actio libera in causa, pueden reducirse a dos grupos, pues o bien falta la acción, y entonces no hay delito, o bien existe un acto humano típicamente antijurídico, y entonces la imputabilidad se ha de regir por las reglas ordinarias, es decir, habrá que entender que el sujeto es imputable en tanto en cuanto no concurra una causa de inimputalibidad prevista por la ley, sea que el sujeto debe responder por el hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado, según lo dispuesto en el artículo en comentario. Cuando el imputado se coloca voluntariamente en un estado de perturbación a efecto de cometer determinada acción constitutiva de delito, se utiliza a si mismo como medio para la realización del ilícito, razón por la que basta sea imputable al momento de tomar la de-

> terminación de realizar el hecho, para que pueda tenérsele como responsable de aquél. Si faltando a la debida diligencia que le era exigible en un determinado momento, se pone en estado de inimputabilidad y por ello causa un delito culposo, debe responder por este, así será responsable por la muerte causada culposamente, quien siendo consciente de que el sueño le domina, continúa manejando su vehículo y cuando se encuentra dormido atropella a un peatón y lo mata, pues la diligencia que le era exigible en la conducción de vehículos automotores, conlleva a que evite manejarlos cuando se es preso del sueño[360].

Bien lo señala la Sala Constitucional, que quien comete un delito cuando se encuentra en un estado de inimputabilidad, no responderá si no ha existido propósito de su parte, de colocarse en tal estado, para cometer dicho delito. Esta circunstancia debe interpretarse en sentido contrario, cuando de lo que se trata es colocarse en tal estado para llevar a cabo la comisión del hecho delictivo, y entonces sí responderá penalmente.

Con la misma orientación establecida por la Sala Constitucional, se indica:

> Si la ebriedad es voluntaria, cabe considerar en primer término los supuestos en los cuales el agente se coloca voluntariamente en ese estado sin finalidad ulterior. La voluntad del sujeto está sólo dirigida a embriagarse, pues no lo hace para cometer un acto posterior. Este supuesto de ebriedad voluntaria simple, en caso de cometerse delito, sólo justifica imponer penal al autor en la medida en que esté previsto un tipo culposo en el que pueda subsumirse su acción negligente. Naturalmente, nunca cabe imputar delito doloso[361].

Lo que interesa rescatar es que la pretendida aplicación de las reglas de la actio libera in causa, por parte del Ministerio Público al momento de acusar los hechos, y del Tribunal de Juicio cuando dictó la sentencia, es una situación que obliga al defensor y a la defensora públicos a analizar con sumo cuidado, para evitar la utilización de este principio en situaciones en donde no es aplicable.

---

[360] **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 3411-92, de las quince horas del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos, Consulta Judicial de constitucionalidad planteada por la Sección Tercera del Tribunal Superior de Alajuela.

[361] Ver Righi, Esteban y Fernández, Alberto A., **Óp. cit.,,** p. 237.

Especial atención merecen los hechos que se generan por parte de personas que son portadoras de una adicción, y que por lo general, llevan a cabo los hechos delictivos, dominadas precisamente por la adicción. Asimismo, se debe señalar que no se colocan en el estado de inimputabilidad voluntariamente o con plena conciencia, como lo ha señalado la Sala Tercera, sino más bien respondiendo a una acción involuntaria y de dependencia total, hacia el vicio del que son víctimas.

Queda en manos del defensor y la defensora, hacer ver la diferencia entre estos casos de verdadera inimputabilidad, incluso deben luchar en contra de criterios absurdos, como los externados por la Sala Tercera en estos asuntos, para lo cual se considera importante hacerse asesorar por personas conocedoras de estas materias, que pongan de manifiesto las verdaderas condiciones físicas y mentales de una persona adicta y, de esta forma, lograrán luchar para que tales personas sean declaradas inimputables con las consecuencias penales que ello implica.

5. ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA

No existe en el Código Penal nuestro, una definición de lo que constituye emoción violenta. Por tanto, para su conceptualización, se debe acudir a lo que señala la doctrina:

> La emoción violenta es un estado psíquico fugaz, durante el cual el individuo actúa con obnubilación del juicio crítico y disminución del control de impulsos. Se le ubica dentro de las formas del trastorno mental transitorio incompleto.
>
> La diferencia con la demencia está en que mientras el demente actúa sin querer actuar, en la emoción violenta actúa queriendo, pero impulsado por la ruptura de los frenos inhibitorios. Por esta razón, a la emoción violenta se le ha considerado una causal de imputabilidad disminuida, desde luego siempre que el individuo se encuentre bajo este estado en el momento del hecho, y no antes ni después del mismo[362].

Se indica que se trata de un trastorno mental transitorio con obnubilación del juicio crítico. Tal afirmación se debe entender en el sentido de que la persona pierde la conciencia de su actuar. Por esta razón, en nuestra legislación, constituye una causal de atenuación del reproche. A diferencia de otras

---

[362] Vargas Alvarado, Eduardo. (1983). **Medicina Legal.** Tercera Edición, Librería Lehman, Costa Rica, p. 341.

latitudes en donde es considerada como una causa de inimputabilidad, por lo que, se excluye el reproche, sea la responsabilidad penal.

Debido a que la emoción violenta esta regulada como una causa de atenuación de la pena, al contrario de lo que acontece con el trastorno mental transitorio, que es una causa de inimputabilidad disminuida, se ha indicado:

> A partir de lo anterior, resulta indispensable en nuestro sistema jurídico, diferenciar el trastorno mental transitorio que excluye la imputabilidad de la emoción violenta que sólo la disminuye. Distinción que en nuestro medio ha ensayado Arias Madrigal, señalando que desde el punto de vista legal se diferencian precisamente en que en el trastorno mental transitorio excluye la responsabilidad penal y la emoción violenta no; mientras que desde el punto de vista psicológico, la diferencia entre uno y otro es cuantitativa, referida al grado de perturbación, ya que el trastorno mental transitorio supone un tipo de emoción violenta de gran intensidad que anula o perturba gravemente el entendimiento, dicho de otra forma, el trastorno mental transitorio es un arrebato que posee una gran carga emotiva capaz de anular la responsabilidad criminal[363].

Además, en la jurisprudencia argentina, entre las características que presenta la emoción violenta, señalan:

> La figura atenuada de mención se integra con elementos que, por agruparlos en algún modo bajo epígrafes, podríamos separar en biológicos, psicológicos y jurídicos. Entre los primeros deben consignarse las alteraciones corporales que conlleva la emoción violenta, sin que sobre mencionar ahora este tipo de emoción no es aquella propia y ordinaria de todo ser humano que atraviesa una circunstancia fuertemente conmovedora. La emoción violenta legalmente consagrada se caracteriza por una intensísima conmoción del ánimo, que mas allá de inferir en la acción humana, suele desordenar los comportamientos diluyendo la capacidad inhibitoria natural de los frenos naturalmente genuinos o culturalmente adquiridos, todo lo cual se trasunta morfológicamente en cambios

[363] Arias Madrigal, citada por: Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia. **Óp. cit.**, p. 45.

> físicos del momento, que hacen a la parte médico corporal (alteraciones del pulso, vista, olor, color de piel, coordinación y otros). Entre los segundos, aparecen los síntomas psíquicos a partir de los cuales se producen los desajustes valorativos de la emergencia en relación con el cuadro circundante vivido y los frenos inhibitorios desacomodados en relación a valores cuya escala suele volverse ocasionalmente crítica. Entre los terceros, se encuentran todas las pautas relativas a la excusabilidad y el enfoque jurídico correspondiente. Aquí debe dejarse en claro que lo excusable se refiere al estado emocional en si como consecuencia de las circunstancias del suceso en su totalidad. Para que el estallido emotivo resulte excusable será necesario que el cuadro emocional encuentre explicación no por la misma conmoción anímica sino por alguna circunstancia de la que, en el caso, pueda predicarse capacidad generadora de esa excepcional emoción violenta. Es decir que pueda constatarse la existencia de un hecho de aquellos que en el acontecer ordinario de las cosas son generadoras de una emoción violenta, esto es, de una emoción superior a la que de por si es propia de suponer en todo aquel que mata.[364]

Resulta interesante revisar los aspectos a través de los cuales, se identifica el estado de emoción violenta en la jurisprudencia argentina, los cuales se agrupan en tres clases: de naturaleza biológica, psicológica y jurídica.

En otras legislaciones como la española, no se habla expresamente de estado de emoción violenta, sino más bien de estados emocionales, así se indica en el artículo 21.3 del Código Penal español: "La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante". Para lo cual arrebato u obcecación se entiende de la siguiente forma:

> La jurisprudencia venía entendiendo el arrebato como una emoción súbita y de corta duración; mientras que en la obcecación veía un estado emocional de mayor duración y de menor vehemencia externa. Actualmente, se incluyen en ella todos los estados emocionales, especialmente con la ampliación que se dio desde la reforma de 1983 al añadir: u otro estado pasional de semejante entidad[365].

---

[364] http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/HOMICIDIO-EN-ESTADO-DE-EMOCIÓN-VIOLENTA.pdf, consultado en fecha 5 de junio de 2007.

[365] Ver Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción, **Óp. cit.,** p. 413.

El estado de emoción violenta se regula en los artículos 113 inciso 1), y el artículo 127 del Código Penal de nuestro país, como causal de atenuación de la pena en los delitos de homicidio y de lesiones, para lo cual se regula en dichos tipos penales:

> Artículo 113.1): A quien haya dado muerte a una persona hallándose el agente en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. El máximo de la pena podrá ser aumentado por el juez sin que pueda exceder de diez años si la víctima fuere de las comprendidas en el inciso primero del artículo anterior.

En tanto que en el delito de lesiones, se regula de esta forma:

> Artículo 127: Si la lesión fuere causada, encontrándose quien la produce en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable, se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, si la lesión fuera gravísima; de tres meses a dos años, si fuere grave; y de uno a seis meses, si fuere leve.

A la interrogante de ¿cuándo existe estado de emoción violenta? La Sala de Casación ha señalado:

> Esta Sala ha afirmado reiteradamente, con cita de doctrina, que existe emoción violenta cuando se presenta una conmoción impulsiva en el ánimo del autor, causada por una ofensa a sus sentimientos que proviene muchas veces de la propia víctima, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida. La emoción violenta implica una situación de menor responsabilidad criminal y para que sea aplicable la norma de comentario se necesita que la persona encartada al momento del suceso se encuentre emocionada, alterada psíquicamente, y que esa alteración sea violenta que se trate de un verdadero impulso desordenadamente afectivo, capaz de hacerla perder el control de sí misma y hacerla realizar un acto que en circunstancias normales no habría hecho. (Votos No. 172 -F de 16:50 hrs. del 20 de diciembre de 1983; No. 194-F de 10:00 hrs. del 24 de julio de 1987; y No. 500 de 8:50 hrs. del 30 de octubre de 1992, Sala Tercera). En otros términos, la emoción violenta requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen

perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal (Entre otros véase LEVENE, RICARDO (h). El delito de homicidio, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 328 y 330; LOZANO DELGADO, JORGE AUGUSTO. Aspectos sustanciales y procesales del delito de homicidio emocional. En Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol. VIII, Nº 25, Ediciones Librería Profesional, 1985, pp. 70 y ss.; entre otros). De acuerdo con los hechos probados de la sentencia existe fundamento para estimar que concurren los dos requisitos indispensables para aplicar la atenuación prevista en el inciso 1º del artículo 113 del Código Penal. Es conveniente agregar que el examen para verificar la concurrencia de ambos requisitos debe hacerse en forma integral y no separando los componentes del hecho. Aplicando lo dicho, del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos se hace excusable el estado de emoción violenta como atenuante. Toda vez que se constata, por un lado, la existencia del aspecto subjetivo de la alteración psíquica de la imputada -un estado de obnubilación de la conciencia, según lo revelado por el dictamen médico de folios 92 a 95- y, por otro, el objetivo, la causa eficiente que generó en ella la referida emoción de carácter violento,- a saber, la violencia con que el ofendido trató de imponerse e insultó a la imputada-; a este último se debe sumar todo el antecedente psiquiátrico de la imputada L. C. Entones, la causa eficiente no sólo está constituida por el aspecto externo-objetivo, la conducta del ofendido que provocó la alteración, sino también por la personalidad, la psiqué, de la agresora que, ante las circunstancias que se dieron el día del suceso aunado a sus antecedentes psiquiátricos, reaccionó violentamente bajo un estado en el que su conciencia se encontraba alterada[366].

---

[366] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número, 323-F-96, de las nueve horas con veinte minutos, del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis**.**

En cuanto a la no-configuración del estado de emoción violenta puede analizarse: **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 432-2006, de las ocho y cuarenta minutos, del 19 de mayo del dos mil seis.

Es fundamental tener clara la diferencia entre inimputabilidad y estado de emoción violenta, lo cual a su vez tiene incidencia. La primera en cuanto a la exclusión de la responsabilidad penal, y la segunda, en cuanto a ser una causa de atenuación de la pena. Sobre esta diferenciación, se ha indicado en sede de Casación:

> En lo que respecta a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, con ella se designa y se analiza la posibilidad psíquica-biológica del sujeto de determinarse por el cumplimiento de lo ordenado por el derecho. En el análisis de imputabilidad se sigue un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos. A este nivel, se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedad mental) de carácter orgánico, o de base biológica; pero también se determina la existencia de trastornos cuya causa no es orgánica, corporal o biológica. Estos trastornos cuya causa no es orgánica, cuya base no es biológica, se denominan como trastornos de la conciencia. Este análisis se realiza en el entendido de que para que exista culpabilidad, para que pueda reprocharse una conducta ilícita a una persona, es necesario que el autor de la misma haya tenido una capacidad psíquica que le permita disponer de un cierto grado o ámbito de autodeterminación, o sea, es necesario que sea imputable. La determinación de si existe o no una enfermedad mental o un grave trastorno de la conciencia, es relevante en el tanto que esos fenómenos inciden en la capacidad de comprensión y en la capacidad de voluntad del sujeto en relación con un ilícito penal. Sin capacidad mental no existe autodeterminación, y por tanto no puede haber juicio de desaprobación por realizar un ilícito penal. Por eso puede decirse que la imputabilidad en el derecho penal posee dos niveles de análisis: 1. El primero de ellos en el cual se requiere el diagnóstico o determinación psicológica o psiquiátrica sobre la existencia de enfermedades mentales o de graves trastornos de conciencia; 2. El segundo se refiere a la incidencia o no de estos fenómenos en la capacidad de comprensión y voluntad respecto de lo prohibido y penado por el derecho. Es decir que el sujeto pueda desde sus facultades psíquicas comprender el carácter ilícito del hecho, y pueda dirigir su comportamiento de acuerdo con esa comprensión (Así BACIGALUPO (Enrique), Manual de Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1ª edición, 1994, pp.156-157; ROXIN, Derecho Penal..., Op.Cit. pp.823 y 848). El código penal vigente se adhiere a este concepto mediante su artículo 42, con el cual se sigue

> un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos para la fijación de la imputabilidad, o de su ausencia, en cuyo caso se presenta un estado de inimputabilidad. De esta manera, una cosa es padecer de una enfermedad mental o de un grave trastorno de la conciencia, diagnosticado mediante pericia psicológica o psiquiátrica, y que con base en ello, y de conformidad con los artículos 42 y 43 del Código Penal se concluya por un tribunal que existe una anulación (inimputabilidad) o una disminución (imputabilidad disminuida) de la capacidad de comprensión de que la conducta está prohibida y penada o una anulación o disminución de la capacidad de voluntad para dirigir dicha conducta, aspectos que deben ser analizados a nivel de la culpabilidad y que de ser verificados la excluyen; y otra cosa muy distinta es que se concluya la existencia de un factor o circunstancia objetiva, excusable, que provoca un estado de emoción violenta con el que disminuyen los frenos inhibitorios del autor, situación para la cual nuestra legislación prevé únicamente una atenuación de la pena, como se aprecia claramente en el artículo 127 del Código Penal aplicado por el Tribunal. En el caso actual se tuvo por probada esta segunda situación, el estado de emoción violenta, generándose como consecuencia una atenuación de la pena… Ambos conceptos, el de emoción violenta y el de inimputabilidad, y sus consecuencias, no deben ser confundidos como parece hacerlo el recurrente[367].

Debe entenderse que cuando se refiere la existencia de una enfermedad mental, la misma se presenta como una anomalía psíquica grave que puede tener su origen en una causa de naturaleza orgánica o biológica. En tanto que la emoción violenta, se manifiesta como un trastorno de la conciencia, pero que no tiene su origen en una circunstancia orgánica o biológica, sino más bien opera ante la existencia de un factor o circunstancia objetiva[368], excusable, que provoca el estado de emoción violenta con el que disminuyen los frenos inhibitorios del autor, situación para la cual nuestra legislación prevé únicamente una atenuación de la pena.

---

[367] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 920-2004, de las diez horas cincuenta y cinco minutos, del treinta de julio de dos mil cuatro.

[368] **Se afirma que**: Las circunstancias que hacen excusable el estado de emoción violenta deben ser ajenas al autor y no provocadas por él. **En este sentido, véase: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 344-96, de las nueve horas con treinta y cinco minutos, del cinco de julio de mil novecientos noventa y seis.

Véase, cómo la diferencia entre uno y otro, es bastante clara. La emoción violenta surge ante una situación externa que provoca que el agente, pierda los frenos inhibitorios, es decir, pierda el dominio de sus actos. En tanto que la enfermedad mental surge a raíz de un problema orgánico o biológico que determina un estado de inimputabilidad, ante el cual la persona no puede ser responsable por los actos que comete, en razón de que no tiene la capacidad para comprender el carácter ilícito de los mismos.

No obstante, retomaré este punto al final de este tema, por cuanto no comparto la forma cómo la ley costarricense regula esta problemática, como una mera causa de atenuación de la pena. A continuación, se analizan otros aspectos importantes de la emoción violenta.

Además, los tribunales de instancia cometen una serie de desaciertos, al momento de valorar la ocurrencia o no de un estado de emoción violenta, con la gravedad de que dichos desaciertos, por lo general se hacen con la finalidad de rechazar el alegato de la defensa, en cuanto a la aplicación de esta causa de atenuación de la pena.

Seguidamente, se transcribe un fallo de la Sala Tercera, donde dicho tribunal pone de manifiesto los errores cometidos por el Tribunal de Instancia. Con el objetivo de ser claro en cuanto al señalamiento de estos errores, se presenta la parte que interesa de dicho fallo, para luego enlistar los mismos que, a su vez, nos ponen de manifiesto algunos de los obstáculos contra los cuales se debe luchar, cuando instamos la aplicación de un estado de emoción violenta, en la práctica diaria.

En el mencionado fallo, la Sala Tercera señala:

> En relación a este punto, y como primera aproximación, conviene señalar que, como bien lo hicieron notar los referidos peritos, la emoción violenta que regula el artículo 113 inciso 1) del Código Penal es un concepto o instituto de naturaleza jurídica, no psiquiátrica, y quienes tienen la potestad (poder-deber) de determinar su existencia en un caso concreto no son los especialistas en esta rama de la ciencia médica, sino los jueces, de donde el criterio orientador de aquellos no vincula ni condiciona obligatoriamente la decisión que estos vayan a adoptar. Por otro lado, no comparte esta Sala la aludida tesis de que la situación inmediata al hecho que determina ese estado de perturbación, necesariamente y en todos los casos deba ser grave y sorpresiva, pues tales requisitos objetivos no son exigidos por la doctrina penal que informa esta materia, la que ha señalado que: [...]la causa debe ser eficiente respec-

to de la emoción que alcanza características de violencia: por tal se entiende la que normalmente según nuestros parámetros culturales, incidiendo sobre las particularidades del concreto autor y en las circunstancias particulares del caso, puede suscitar una emoción de esa índole. O sea, tiene que ser un estímulo externo que muestre la emoción violenta como algo comprensible (Soler). Debe pues, revestir cierta gravedad (aunque la emoción en sí puede desencadenarse por un hecho nimio insertado en una situación precedente que no lo sea)... En este último sentido se han propuesto distintos criterios para medir la eficiencia causal, como el relativo al tiempo transcurrido entre la producción del estímulo y el hecho delictuoso; el del medio empleado; el conocimiento previo o no de la situación que constituye el estímulo, etc., negándose la eficiencia cuando el hecho ocurre después de un intervalo respecto del suscitamiento del estímulo, o cuando el agente ya tenía conocimiento previo de la situación que no hace más que renovarse en el momento en que se produce la emoción o ha empleado medios que ha tenido que buscar para llevar a cabo la acción, pero ninguno de esos criterios permite resolver los casos sin insertarlos en las circunstancias particulares [...] el transcurso del tiempo puede eliminar la emoción o atenuar su violencia, pero a veces puede exacerbarla; El conocimiento previo de la situación puede ser el terreno en el que se inserta un acontecimiento actual que provoca la emoción. Es decir, son todas ellas soluciones relativas que dependen de las concretas circunstancias de los hechos y del autor [...] (Creus (Carlos), DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, editorial Astrea, Buenos Aires. 2ª edición actualizada, 1988, páginas 47 y 48). Como se colige de la anterior cita doctrinaria, la excusabilidad objetiva de la emoción no necesariamente lleva como requisitos el que la situación estimulante inmediata al hecho sea sorpresiva para el agente, ni tampoco que deba transcurrir un corto tiempo entre el estímulo y la reacción, conforme en este caso lo afirman los peritos forenses (en lo cual coincidió el órgano jurisdiccional). Dependiendo de las concretas circunstancias previas que rodean al hecho y a su autor, las que obviamente podrían jugar un papel fundamental en la perturbación emocional de éste (por lo que deben ser analizadas por el juzgador), su conocimiento previo más bien podría implicar que un hecho nimio sea el detonante que venga a desatar una reacción violenta, siendo como aquella gota que derramó el vaso. Además, la inmediatez entre estimulo y reacción violenta tampoco es un criterio que en todos

los casos permita solucionar la situación, ya que -conforme lo explica CREUS- el transcurso del tiempo podría implicar que esa perturbación hasta pudiera llegar a exacerbarse. Lo anterior por sí solo vendría a descalificar el fundamento mismo de la pericia forense en la cual se apoyó de modo esencial el órgano jurisdiccional, el que de nuevo insiste en valorar como hecho desencadenante sólo las ofensas que supuestamente recibió el encartado del occiso unos 15 minutos antes del hecho, sin considerar de forma íntegra (conforme lo exige la doctrina citada) las particularidades del concreto autor y las circunstancias propias del caso.

Otro aspecto de la pericia psiquiátrica al que debe hacerse mención, mismo que el Tribunal retoma y hace suyo, consiste en la interpretación que expone la doctora Cinthia López Castillo al afirmar lo siguiente: [...] debe existir toda ausencia de premeditación perceptible, lo cual no sucede en el presente caso, sino que existió más bien cierto planeamiento, según el propio relato del evaluado él consiguió el arma dos días antes de que sucedieran los hechos que se investigan y andaba con el arma en un lugar que E. sabe que en cualquier momento iba a encontrarse con G. e iba a tener conflictos con él (como había sucedido en múltiples oportunidades, según relato del evaluado y de varios testigos) [...] (cfr. folio 154, línea 32 en adelante). Conforme se colige de lo transcrito, la psiquiatra forense sustenta su dictamen (en el cual se descarta cualquier alteración mental del imputado que pudiera haberlo conducido a un estado de emoción violenta o de inimputabilidad) en que hubo cierta planeación de éste, pues dos días antes del hecho adquirió un arma. Tal conclusión de la citada especialista resulta arbitraria e infundada, pues parece apoyarse en su íntima convicción, sin que cite elementos probatorios objetivos que la respalden, siendo que en cuanto a dicho extremo se perdió de vista (y ni siquiera se analizó) la explicación aportada por el propio encausado, quien dijo haberla adquirido no con el propósito de acabar con la vida del ofendido, sino como un medio de defensa. Por otro lado, el Tribunal de mérito debió analizar la acción homicida concreta que se dio ese 25 de febrero de 2004 dentro del contexto que refiere tanto el imputado como los testigos aportados por la defensa, acerca de las ofensas, agresiones y amenazas constantes y reiteradas que, en principio, aquel venía sufriendo por parte del occiso, lo cual ha de entender esta Sala como falta de fundamentación del fallo respecto de aspectos esen-

ciales para la decisión del asunto sometido a su conocimiento. La jurisprudencia de esta Sala no ha establecido como un elemento objetivo indispensable para que se configure la modalidad de homicidio especialmente atenuado, el que la situación provocadora deba conllevar las características que por su parte menciona la especialista en psiquiatría (cuyo criterio sustentó de manera esencial la decisión jurisdiccional que al final de cuentas se adoptó): ... la emoción violenta es un concepto jurídico que requiere de un estado de alteración psíquica, pero también de una causa idónea generalmente provocada por la propia víctima o por circunstancias atribuibles a ella, de tal magnitud que hacen perder el control normal al agresor, quien llega a comportarse de una manera distinta y agresiva. También la doctrina ha señalado la necesidad de que exista ese factor externo (causa eficiente) para que pueda configurarse esa causa de atenuación de la responsabilidad penal… (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. voto N° 500-F-92, de las 8:50 horas del 08 de octubre de 1992.) De igual modo, se ha indicado lo siguiente: ...Cabe destacar que el a-quo toma como elemento básico para descartar el estado de emoción violenta, que el encartado antes y después de los hechos, se mostrara sereno. Sin embargo, tal apreciación es inexacta, pues no se requiere como requisito indispensable para estar en presencia de la atenuante citada, que esa situación perdure por determinado tiempo, sino que basta que al momento de los hechos esa alteración aparezca en la conducta del agente y en ese sentido, más bien la apreciación del Tribunal implicaría necesariamente, que el estado de alteración de la conducta sea propio de la personalidad del encartado y no que haya surgido en razón de las circunstancias…, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. voto N° 427-F-93, de las 16: 05 horas del 29 de julio de 1993. Además, [...] Es cierto que el tiempo no constituye un factor para descartar automáticamente un estado de emoción violenta, sino que debe analizarse caso por caso la situación para establecer si el transcurso del tiempo fue suficiente para que un determinado estado anímico disminuyera e incluso desapareciera, luego de producirse una causa de alteración. Sin embargo, tampoco constituye un factor que deba descartarse automáticamente […] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 18-F-94 de las 08:55 horas del 13 de enero de 1994. De acuerdo a todas las razones antes expuestas, es criterio de esta Sala que, conforme lo alega el defensor público, la decisión condenatoria de mérito incurre en varios

> yerros de fundamentación que la tornan ilegítima, no deriva en forma lógica del elenco probatorio que sustenta el fallo y se omite valoración de prueba esencial para la decisión de la causa sometida a conocimiento del Tribunal. Siendo ello así, se declara con lugar el primer motivo del recurso de casación que formula el defensor público del acusado, en virtud de lo cual se anula el fallo condenatorio de instancia, ordenándose el reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho[369].

De la anterior resolución de la Sala Tercera, se pueden destacar los siguientes aspectos, sobre los cuales la defensa técnica siempre debe centrar su atención, a efectos de que prospere el alegato, en cuanto a la aplicación del estado de emoción violenta:

1. La emoción violenta como tal es un concepto jurídico y no psiquiátrico, razón por la cual es un error que con frecuencia cometen los tribunales de instancia, ya que hacen depender la existencia o ausencia de tal estado, según el criterio que emita a favor o en contra el profesional en el campo de la psiquiatría. El establecimiento del estado de emoción violenta, no depende de lo que diga este especialista en el campo de la psiquiatría, pues incluso ante la manifestación en contra del mismo, el juez puede llegar a concluir que efectivamente sí operó dicha alteración en el agente, lo cual en la práctica difícilmente sucede.

2. Es falso que la situación inmediata al hecho que determina el estado de perturbación, propio de la emoción violenta, tenga que ser grave y sorpresiva, como lo afirmó en el caso de marras, la especialista en psiquiatría y fue aceptado por el Tribunal de Instancia. Para estos efectos, debe tenerse en consideración que existe una clase de estado de emoción violenta, en donde dicho estado se va gestando en una serie de circunstancias que, poco a poco, generan dicha perturbación, hasta que por decirlo así, explota ante una situación que puede no ser tan grave. Es decir, se da un último hecho que desencadena lo que popularmente se denomina la gota que derramó el vaso.

3. Es falso que para que opere el estado de emoción violenta, se tenga que dar inmediatez entre el estímulo y la reacción violenta, pues lo que se debe realizar, es un análisis de todas las circunstancias que rodearon el hecho, así como las circunstancias personales del autor. En algunos ca-

---

[369] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 387-05, de las nueve horas, del trece de mayo de dos mil cinco.

sos, dicha reacción puede ser inmediata ante el estímulo, pero no siempre debe ser así. Aparte de que la doctrina que informa este tema, tampoco señala esta inmediatez, como requisito para que se verifique la emoción violenta.

4. La serenidad mostrada por el imputado, antes y después de la reacción violenta, no puede de ninguna forma, desacreditar la ocurrencia del estado de emoción violenta, atendiendo precisamente a la naturaleza de dicho estado que incluso se identifica por ser un estado fugaz, bajo el cual el agente pierde los frenos inhibitorios. En este sentido, se ha manifestado en forma reiterativa la jurisprudencia nacional, para lo cual ha afirmado:

> Cabe destacar que el a-quo toma como elemento básico para descartar el estado de emoción violenta, que el encartado antes y después de los hechos, se mostrara sereno. Sin embargo, tal apreciación es inexacta, pues no se requiere como requisito indispensable para estar en presencia de la atenuante citada, que esa situación perdure por determinado tiempo, sino que basta que al momento de los hechos esa alteración aparezca en la conducta del agente y en ese sentido, más bien la apreciación del Tribunal implicaría necesariamente, que el estado de alteración de la conducta sea propio de la personalidad del encartado y no que haya surgido en razón de las circunstancias. En consecuencia y de acuerdo con lo expuesto, el Tribunal de mérito aplicó indebidamente el numeral 111 del Código Penal e inobservó el artículo 113 inciso 1) ibídem, al no tipificar debidamente los hechos en la figura del homicidio especialmente atenuado, por encontrarse el autor del suceso en estado de emoción violenta, no obstante estar ésta debidamente demostrada[370].

5. Es de importancia fundamental el análisis de todo el elenco de pruebas, para efectos de valorar adecuadamente, si se verificó o no el estado de emoción violenta. En el caso concreto, el Tribunal dejó de valorar la prueba testimonial que precisamente daba cuenta de la actuación de la víctima.

De la anterior forma se han tratado de destacar los aspectos fundamentales del estado de emoción violenta. Queda pendiente por analizar en la brevedad del caso, la circunstancia relacionada en cuanto a los efectos que

---

[370] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 427-F-93, de las dieciséis horas con cinco minutos, del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y tres.

produce dicha perturbación de la conciencia. Ya se mencionó que funge como una causa que atenúa la pena. No obstante, atendiendo precisamente a la naturaleza de dicha perturbación, según mi criterio, debería operar como una causa de inimputabilidad.

Para ello debe tomarse en consideración que tal reacción se genera, ante una circunstancia externa que produce la exaltación del ánimo, lo que provoca que el agente actúe, sin poder adecuar su conducta en una forma diversa. Se trata de un trastorno mental transitorio, con la única diferencia, como se señaló con anterioridad, de que tiene un principio y un fin determinado; es fugaz y difiere de la enfermedad mental, en cuanto a la naturaleza que, a diferencia de esta, no surge ante una anomalía orgánica o biológica, sino más bien ante un estímulo externo que precisamente exalta el ánimo del agente y, obviamente, produce una grave exaltación de su conciencia. Y aunque se dé por un margen de tiempo corto, puede asegurarse que tiene los mismos efectos de la enfermedad mental, con la única diferencia que esta perdura en el tiempo. No hay razón alguna por la que se establezca como una causa de atenuación.

Desde mi óptica, debería ser una causa de inimputabilidad total, pues bajo los efectos del estado de emoción violenta, el agente no tiene conciencia de sus acciones, lo cual equivale a afirmar que la persona es inimputable durante tal estado para todos los efectos, y tal circunstancia debería manifestarse, en la ausencia de reproche.

Cuál es la diferencia con la enfermedad mental, sino la duración en tal estado y el origen del mismo, pero la pérdida de la relación con la realidad, de la conciencia de lo que acontece, es igual en ambas situaciones, por lo cual no correspondería hacer diferencias, por tratarse de situaciones similares. Por tanto, el estado de emoción violenta debería ser considerado como una causa que provoque la ausencia de todo reproche penal. En razón de lo cual, la conducta sería típica y antijurídica, pero no culpable.

SECCIÓN III:
EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

1. ASPECTOS GENERALES

El conocimiento de la antijuricidad constituye un segundo elemento de la culpabilidad, y deviene fundamental para establecer, si sobre la persona acusada, se debe realizar el juicio de reprochabilidad. En este sentido, se entiende que la norma penal, solo puede motivar al individuo, en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto desconoce que su actuar está prohibido, no tiene razón para abstenerse de su realización. La norma no lo motiva, y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad[371].

En el sentido anterior, se indica:

> La posibilidad de comprender la antijuricidad del hecho es una condición esencial de la existencia del delito: ello se desprende del principio de culpabilidad penal. Quien no tiene la posibilidad de saber que su conducta está prohibida no puede motivarse en la norma. Por esa razón, la imposibilidad de conocer la ilicitud elimina la culpabilidad y consecuentemente, el delito[372].

El conocimiento de la antijuricidad se establece como un elemento fundamental de la culpabilidad, pues la ausencia de tal requisito, obliga a decretar la ausencia del reproche y, por ende, la no responsabilidad penal.

Sobre la conciencia de la antijuricidad, se ha indicado:

> Junto a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, constituye un elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad. Quien realiza dolosamente un tipo penal actúa, por regla general, con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como decíamos antes que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, podemos decir ahora que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañada de la conciencia de que se hace algo prohibido, tanto más cuanto el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión sea uno de

---

[371] Muñoz Conde, Francisco. T**eoría General del Delito,** pp. 104-105.
[372] Ver Silvestroni, **Óp. cit.**, p. 340.

> los fundamentales para la convivencia y en cuya protección tiene razón de ser el derecho penal. De ahí que, en la práctica, el conocimiento de la antijuricidad no plantee demasiados problemas y se parta de su existencia en el autor de un hecho típico, no justificado, que sea imputable.
>
> No obstante, el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que le da razón de ser. Lógicamente, la atribución que supone la culpabilidad sólo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido. La función motivadora de la norma penal solo puede ejercer su eficacia a nivel individual si el individuo en cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto típica y antijurídica), tenía conciencia de la prohibición, pues, de lo contrario, este no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.
>
> Este conocimiento de la antijuricidad no es necesario, sin embargo, que vaya referido al contenido exacto del precepto penal infringido o a la penalidad concreta del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas elementales que rigen la convivencia.[373]

La cita anterior se puede resumir señalando que el conocimiento de la antijuridicidad, va a determinar el juicio de reprochabilidad de la conducta realizada; es decir, solo se puede verificar en la medida que haya existido conocimiento de la antijuricidad, aunque ese conocimiento puede darse bajo ciertas circunstancias que pueden denominarse anómalas, y en donde el juicio de reproche no se verifica o se da, sino parcialmente. En este caso, pueden generarse las denominadas causales de inculpabilidad, que tienen como efecto, eliminar en forma total, la posibilidad de imponer una pena, o se impone, pero atenuada.

Las consecuencias que se derivan de la ausencia del conocimiento de la antijuricidad o de una inadecuada conciencia de la antijuricidad, se van a manifestar directamente en el juicio de reproche. Por tanto, no existe fundamento para establecerlo o se origina el mismo, pero reduciendo la reacción del juicio de reproche. Es por ello que la jurisprudencia nacional manifiesta:

---

[373] Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito,** p. 123. **Véase en igual sentido**: Righi, Esteban y Fernández, Alberto A., **Óp. cit.**, p. 239.

Cuando un juez encuentra que no puede imponer una pena porque el sujeto, por ejemplo, ha actuado bajo un supuesto de coacción o de miedo insuperable que le ha coartado su capacidad de autodeterminarse conforme a su comprensión de lo ilícito, lo que concluye no es que está justificando la conducta del inculpable sino que simplemente no existe fundamento para el reproche jurídico penal. Las causas de inculpabilidad no son causas de justificación, su razón de ser jurídico-penal es simplemente reducir o hacer desaparecer el reproche personal del injusto[374]. La conciencia de la antijuricidad se puede ver afectada por diversas circunstancias que pueden incidir en el nivel de comprensión de la acción ejecutada, lo cual se entiende en el sentido de que el juicio de reproche, no solo debe tomar en consideración, el conocimiento del carácter ilícito del hecho, sino que además, la interiorización de la prohibición que realiza la norma.

En este sentido, se afirma:

Esta comprensión, en sustancia, no es otra cosa más que un contenido cuyos elementos de conocimiento y de interiorización de la pauta normativa son puntos de confluencia para poder determinar judicialmente que un injusto se puede reprochar a su autor. De manera que, si el autor de un hecho típico y antijurídico (un injusto), ha realizado la conducta pero carece totalmente de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer nivel del juicio de culpabilidad según el artículo 42 del Código Penal) por alguna razón que bien puede ser psicopatólogicamente inducida, o culturalmente condicionada, no se le puede reprochar la conducta típica y antijurídica que ha realizado y por ende no es posible imponer una pena. El principio de legalidad criminal contenido en el artículo primero del Código Penal y ya recogido constitucionalmente en el artículo 39, establece el principio de *nulla poena sine culpa*. En virtud de tal principio el reproche personal de una conducta se hace en razón de que el hombre no ha respondido a los deberes a él impuestos por las prohibiciones y mandatos del Derecho a pesar de haber podido responder. La reacción penal, pues, no brota meramente de la antijuridicidad de la conducta, sino también de que siendo exigible una conducta

[374] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 166-F, de las catorce horas treinta minutos, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres.

> distinta el sujeto no ha respondido al mandato jurídico. Es este el contenido del examen jurídico del reproche y es un correlato singular y esencial de la protección hecha por la Constitución Política a la dignidad humana. Existen aspectos que reducen o excluyen del todo la exigibilidad de esta conducta conforme al Derecho[375].

Para que pueda llevarse a cabo el juicio de reproche, se requiere que el agente actúe, conociendo el carácter ilícito del hecho realizado, pero además con plena conciencia de que se actúa en contra de la prohición que establece la norma. En este sentido, lo que debe analizar el defensor o defensora públicos, es si se dieron circunstancias (cuyo origen es diverso), que de alguna manera pueden haber afectado la "no-obediencia" del mandato que impone la norma. Este análisis en la práctica diaria, pocas veces es realizado por parte de los jueces de juicio, problemática con la que hemos contribuido los defensores y defensoras, por cuanto acudimos poco a alegatos de esta naturaleza, por lo cual parece que relevamos a los jueces de efectuar estos análisis que, por la importancia de los mismos, no deberían ser omitidos. Por tanto, cuanto más nos refiramos a estos aspectos en el debate, los cuales son de tanta trascendencia para la persona acusada, en igual medida estaremos obligando a los jueces a referirse a ellos.

En este sentido, se evidencia la importancia de este elemento dentro de la teoría del delito y, por ende, surge la necesidad de un adecuado manejo técnico por parte del defensor y defensora públicos. Lo cual solo se logra conociendo las diferentes circunstancias que pueden incidir en el conocimiento de la ilicitud, tales como: la existencia de un error de prohibición, la existencia de coacción, amenazas o miedo insuperable al momento de llevar a cabo la conducta prohibida. Atendiendo a la necesidad de analizar la forma, cómo cada una de estas circunstancias opera e incide en el juicio de reproche, se procede a analizar cada uno de ellos, por lo que se inicia con el error de prohibición.

2. ERROR DE PROHIBICIÓN

Cuando se analiza el tema del error de prohibición, lo primero que se debe hacer, es establecer las diferencias que distinguen a este error, del error de tipo, que como se analizó líneas atrás, opera en la tipicidad y lo que hace precisamente, es que dicho error recae sobre una circunstancia objetiva del tipo legal, ya sea un elemento fáctico o normativo. Por lo cual lo que sucede

---

[375] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número V-166, **de** las catorce horas treinta minutos, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres.

es que se elimina el dolo, pudiéndose sancionar al agente, únicamente cuando la conducta está prevista como culposa.

Mientras que el error de prohibición, actúa sobre la conciencia de la antijuricidad, es decir, a nivel de la culpabilidad. Estas son quizás las principales características que permiten distinguir a ambos tipos de errores.

Para ingresar al tema del error de prohibición, se debe inicialmente tener en primera instancia, claridad sobre lo que constituye en términos generales el error, para lo cual se ha indicado:

> En general, existe error cuando una persona tiene una falsa representación de la realidad. El hombre requiere a cada instante formarse una idea de las cosas, de las personas y del mundo circundante, para tomar las decisiones en las que fundamenta su actuar. La posibilidad de error acompaña al hombre en cualquier actividad, errare humanum est-, de tal modo que el error no es una excepción, sino una nota común del conocimiento humano[376].

Corresponde ahora referirse a lo que se denomina error de prohibición, cuya naturaleza y las consecuencias jurídicas de su adecuada aplicación, obligan al y a la profesional de la Defensa Pública, a un manejo técnico adecuado del mismo. El empleo apropiado de este instituto incidirá (como se verá) directamente en la pena, ya sea eliminando la posibilidad de su imposición o, incluso, imponiéndose la misma, pero atenuada. Por la enorme trascendencia que tiene el error de prohibición, estamos obligados a su adecuado manejo técnico, lo cual obliga a conocer las diversas formas de manifestarse de este tipo de error, así como los efectos jurídicos que cada uno de ellos produce.

Sobre el error de prohibición, se indica:

> El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando

---

[376] Castillo González, Francisco. (2001). **El Error de Prohibición.** Editorial Juritexto, San José, p. 13.

> es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza.[377]

Se enmarcan dentro del error de prohibición, aquellos acontecimientos que afectan la comprensión de la antijuricidad de la conducta y que se manifiestan bajo tres formas diversas. Cada una de ellas como se verá presenta consecuencias diversas. Estas formas son: error de prohibición vencible, el invencible y el error culturalmente condicionado, los cuales en breve se analizarán.

El error de prohibición también ha sido definido así:

> Es éste el error que recae sobre la comprensión de la antijuricidad y por ende es un problema de culpabilidad. Cuando es invencible siempre impide la comprensión de la antijuricidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuricidad. Este último, es el error de comprensión y es aquel que impide la internalización o introyección de la norma.
>
> Error Directo; recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (no le quitarás el terreno a otro ciudadano).
>
> Error Indirecto: Falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga. Justificación Putativa.
>
> Error de comprensión; afecta la comprensión de la antijuricidad[378].

Asimismo, el error de prohibición se regula en los artículos 34 párrafo final y el artículo 35, ambos del Código Penal:

> **Error de hecho**:
>
> Artículo 34: Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

---

[377] Ver Zaffaroni. **Manual de Derecho Penal**, p. 577.

[378] Issa El Khoury, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. **Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal**, pp. 170-180.

Error de derecho:

Artículo 35: No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo a lo que establece el artículo 79.

En la jurisprudencia nacional sobre el error de prohibición, se ha indicado:

> El error de derecho del artículo 35 del Código Penal: El artículo 35 del Código Penal costarricense, en su redacción establece que: No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Hay dos elementos de esta definición legal que interesan. En primer lugar, el epígrafe del artículo: Error de derecho, y en segundo lugar el factor de la creencia de que el hecho no está sujeto a pena. El epígrafe del artículo responde a una vieja distinción doctrinaria, como ya se ha explicado, ya hoy en desuso, que planteaba que la teoría del error se podía dividir en dos partes, por un lado el error de hecho y, por el otro, el error de derecho. Esta distinción en la definición que plantea el Código es evidentemente inútil ya que hoy es posible demostrar con claridad que el error de tipo (aquél que recae sobre los elementos del tipo objetivo) puede ser de hecho o de derecho, lo mismo, un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta… Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o hecho que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, el error directo recae

> sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el No quitarás el terreno a otro ciudadano, norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa[379].

De conformidad con el fallo antes transcrito, existen el error de prohibición directo; el error de prohibición indirecto; y el error culturalmente condicionado. A continuación, se proceden a analizar algunos casos prácticos que han sido analizados en la sede de casación ante la Sala Tercera, que permitirán evidenciar las diferencias entre uno y otro tipo de error de prohibición y, de esta forma, se podrá hacer más comprensible la anterior explicación.

> El error de prohibición se produce cuando el sujeto que actúa cree, por error, falso conocimiento o ignorancia, que su conducta no se encuentra sujeta a pena. Esto ocurre cuando, por ejemplo, el autor cree que se encuentra justificado para realizar un determinado hecho sin que así sea (verbigracia, defenderse de un ataque supuestamente ilegítimo sin que existen las circunstancias propias de una legítima defensa acorde con la legislación). La falsa suposición de la concurrencia de una causal de justificación encuentra sustento en el artículo 35 del Código Penal como un supuesto de exculpación, aún cuando el legislador la haya ubicado como un segundo párrafo del artículo 34… Un análisis de los aspectos subjetivos presentes en la especie, permite observar que el imputado comprendió falsamente que se encontraba bajo los efectos liberatorios de la antijuricidad de su conducta por la existencia de un ejercicio legítimo de un derecho o del cumplimiento de un deber legal. La misma argumentación del motivo del fondo permite observar que el oscuro punto legal acerca del posible derecho de retención de los dineros entregados para afianzar costas llevó al imputado a creerse en el derecho de apropiarse de esos dineros, en una falsa comprensión de lo establecido por los artículos 1277 y 1288 del Código Civil. Esta falsa comprensión, si bien es cierto, y como bien lo argumentan los juzgadores de mérito, resulta ser vencible para L. M. toda vez que existen medios para superar ese falso conocimiento. Si los dineros fueron entregados para afianzar

[379] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 446-F-92, de las quince y cuarenta minutos, del veinticinco de septiembre del año mil novecientos noventa y dos.

> costas, el abogado no debe retenerlos con fines de pago de honorarios, no sólo porque existen medios para que dentro del mismo proceso civil el juez, ante la solicitud legítima de pago de unos honorarios en descubierto, ordene que los dineros entregados para un rubro sean entregados al abogado para cancelar dicha deuda generada por la tramitación del proceso; sino también porque existe el proceso incidental de cobro de honorarios, en donde el abogado, incluso de manera privilegiada a otros acreedores, puede actuar a fin de que se le cancelen los dineros que su actividad profesional merezca. Es cierto que en materias tan delicadas como la aplicación del derecho, la experiencia sugiere que, antes de actuar en un determinado sentido, se realice un estudio concienzudo y profundo de la materia objeto de discusión, a fin de determinar el camino correcto a seguir. Pero igualmente es cierto, que existen puntos jurídicos que por su dificultad también ofrecen a la doctrina la posibilidad de equívocos o incluso de soluciones incorrectas. Al profesional en derecho se le puede reprochar una aplicación o interpretación incorrecta de la Norma Jurídica, pero también deben considerarse algunas circunstancias propias del sujeto actuante, como en el caso en cuestión, que cree estar profundamente convencido que le asiste un derecho que en realidad no tiene. Siendo vencible el error resulta necesario que se produzca una disminución facultativa del reproche acorde con las condiciones en que se verificó la comprensión del injusto. Por ende debe estimarse que el encartado actuó en la falsa comprensión de que le asistía un derecho de retención de los dineros originalmente entregados para el afianzamiento de costas en un proceso civil, y, por consiguiente, en correcta aplicación del artículo 35 del Código Penal en relación con el artículo 34, párrafo segundo, del mismo cuerpo legal, se considera su conducta parcialmente exculpada en dicha comprensión, debiéndosele reducir la pena impuesta acorde a las circunstancias en que se verificó el actuar del imputado[380].

En el caso anterior, un rápido recuento del marco fáctico nos indica que el imputado, solicitó a un juzgado civil que un dinero que él mismo en su calidad de abogado había depositado, con el fin de afianzar costas, le

---

[380] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 486-97, de las** diez horas del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y siete.

fuera entregado a efecto de cubrir sus honorarios, lo cual efectivamente hizo el despacho y procedió entonces a retener el mencionado dinero, con dicha finalidad.

Su argumento de defensa, cuando fue acusado por el delito de retención indebida, se sustentó en el sentido de que había actuado ajustado a una causa de justificación, concretamente el ejercicio legítimo de un derecho. Y precisamente, atendiendo a su condición de mandatario judicial, estaba facultado para retener los bienes entregados, hasta tanto se le cancelara la deuda originada en el conflicto de honorarios. Se le dio la razón en cuanto a su alegato, pero en forma parcial, pues se consideró que no existió tal justificante, sino más bien la creencia errónea en que concurría tal causa de justificación.

Recordemos que una de las formas de manifestarse el error de prohibición, está dada en creer erróneamente en que se actúa conforme a una causa de justificación, cuando en realidad no es así. En la especie se llegó a concluir de esta forma, pero se consideró que al ser el imputado de profesión abogado, por ende, conocedor de la ley, su error era vencible y no invencible. Véase que el imputado actuó creyendo que le asistía una causa de justificación, como lo es el ejercicio de un legítimo derecho.

En otro caso donde se alegó la falta de aplicación de un error de prohibición, la Sala desestimó dicha petición, para lo cual afirmó:

> En la especie estamos examinando una solicitud de la posible existencia de un error de prohibición indirecto, esto es el sujeto cree, falsamente, que su conducta estaría justificada por el cumplimiento de un deber legal genérico de cooperación con la justicia. Así expuesto el problema jurídico, y con el anterior análisis, debe también desestimarse esta otra hipótesis toda vez que se tiene por demostrado en la sentencia que el sujeto tenía únicamente como objetivo tomar la ley en sus manos, al encañonar al ofendido -e incluso a la persona que corroboró lo dicho por el ofendido- pone de manifiesto que el acusado sabía que, válidamente, estas personas podían negarse a ser detenidas y a ser requeridas de cualquier manera por un particular que, como único título, ostentaba una íntima sospecha de su participación criminal en el supuesto robo. La acción desplegada por el acusado denota que sabía que realizaba un acto verdaderamente antijurídico y no cabe observar que haya habido algún falso conocimiento o ignorancia sobre la permisibilidad o justificación de su conducta, por cuanto, entre otras cosas, no se demostró que trasladara al sujeto hasta el Organismo de Investigación Judicial o alguna

> dependencia policíaca dependiente del Poder Ejecutivo, solo se sabe que lo llevó hasta un lugar denominado Monterrey, tampoco se observa que haya hecho la noticia *criminis*, ni que su objetivo fuera puramente de colaboración y sí es evidente el afán de venganza que sus actos implican, por lo que tampoco habría cabida para un error sobre las circunstancias que eventualmente justificarían la acción[381].

Cuando el alegato que se formula va orientado a señalar que, en el caso concreto, se verificó un error de prohibición, se debe tener claro que en el agente, no existió la conciencia de la antijuricidad, en cuanto a la conducta que se estaba realizando.

Véase cómo en el caso anterior, un particular procede a realizar la detención de una persona, sin que existiera razón alguna para llevar a cabo dicha detención, y sin prueba más que la convicción del imputado de que se trataba de un antisocial.

No puede considerarse que el imputado creyó erróneamente que estaba amparado en una causa de justificación para llevar a cabo la detención y, es que como lo señala la propia Sala, la conducta desplegada por el imputado, posteriormente a la detención, más bien ratifica que se está en presencia de un acto de mera venganza; pero no bajo una situación en donde se haya visto afectada la conciencia de la antijuricidad, precisamente por ser evidente la ilegalidad de la detención ejecutada por el imputado.

Este caso se trae a colación para poner de manifiesto que cuando se realice un alegato de esta naturaleza, se tiene que estar respaldado de alguna forma por elementos probatorios. Es decir, no puede prosperar el alegato de un error de prohibición (igual sucede con el error de tipo), cuando se pretende su aplicación en situaciones fácticas, para las cuales no concurren los requisitos que establece la ley.

En este sentido, si se pretende la aplicación de un error de prohibición directo o indirecto, para un marco fáctico, en donde no es posible aplicarlo, entonces lo que ha fallado no es el alegato en sí mismo, sino la estrategia utilizada por la defensa. Por tanto, a continuación, se transcribe un fallo de la Sala Tercera, en donde se alegó la existencia de un error de prohibición, lo cual fue denegado por dicho órgano:

---

[381] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número V-166-F-92, de las catorce horas treinta minutos, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres.

Se reclama la violación del artículo 35 del Código Penal – error de prohibición – en el tanto el imputado en la fecha de los hechos suponía erróneamente que el Misoprostol era un medicamento de uso común en obstetricia y que sus efectos eran beneficiosos, por lo que lo aplicó con la creencia invencible, de que estaba desplegando una conducta conforme al ordenamiento jurídico. El reclamo no es procedente. El artículo 35 del Código Penal determina lo que doctrinalmente se conoce como error de prohibición, y que nuestra normativa, respondiendo a una vieja distinción doctrinaria, ya en desuso, denomina error de derecho estableciendo que no es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79. El error de prohibición surgirá entonces cuando el autor sabe lo que hace, pero cree que su actuar no es contrario al ordenamiento jurídico, es decir, que actúa lícitamente, o bien ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su conducta. El error de prohibición puede ser directo cuando se refiere a la existencia o conocimiento de la norma prohibitiva, o indirecto, cuando el error recae sobre las causas de justificación que autorizan la acción, por lo general prohibida, en un caso específico. Por su parte, el error invencible es aquel que no puede ser superado por el autor, aun empleando una absoluta diligencia, y en el caso del error de prohibición vencible, como bien lo señala la norma de comentario, la culpabilidad se atenúa. En el caso que nos ocupa, conforme a los hechos tenidos por demostrados, no es posible alegar, como lo pretenden los recurrentes, la existencia de ese error, por cuanto al imputado no le asistía una justificación o permiso para actuar en la forma que lo hizo, violatoria al deber de cuidado, al aplicar un medicamento del cual sabía que no estaba autorizado institucionalmente para uso ginecológico, y no formaba parte de los fármacos empleados para inducir al parto, para lo cual se contaba con otros diferentes – el pitosil y la oxitocina – y al emplearlo con fines obstétricos estaba contraviniendo las propias directrices administrativas del ente estatal que lo había contratado, es más, el medicamento cuestionado no formaba parte del haber farmacológico de la entidad aseguradora, ni siquiera para su uso común en problemas de úlceras duodenales u otros padecimientos de tipo digestivo o gástrico, existiendo todo un procedimiento interno administrativo para que un galeno lo prescribiera institucionalmente. El imputado sabía además

> que el uso del Cytotec con tales fines, estaba en estudio, por lo que al aplicarlo desde la perspectiva ginecológica, lo hizo bajo su riesgo, el cual resultó mortal, y aun así lo asumió, de allí que su conducta es típica y antijurídica, sin que exista una causa de justificación que valide su comportamiento. Como en otras oportunidades lo ha señalado esta Sala, el artículo 35 alude a problemas jurídicos sobre la culpabilidad, que le exigen al juzgador el análisis sobre la capacidad del autor de comprender, por una parte el carácter ilícito del hecho y por otra, de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Dentro de un correcto análisis de la culpabilidad, asociado al nivel de comprensión, para establecer la existencia o no del error de prohibición, se requiere delimitar los extremos que permiten entender si el sujeto ha actuado dentro de un ámbito de comprensión propio de una persona sin estudios de derecho, de modo tal que, si el autor de un hecho típico y antijurídico realiza la conducta pero carece de ese entendimiento sobre su carácter ilícito, por diferentes razones, no se le puede reprochar la conducta realizada, y por ende no es posible aplicarle una pena [...] En la especie, la acción desplegada por el imputado denotaba un conocimiento de que realizaba un acto verdaderamente antijurídico, con prescindencia de un falso conocimiento o ignorancia sobre la permisibilidad o justificación de su conducta, de allí que su actuar no puede exculparse en un error de prohibición, amparándose en causales de atipicidad o de justificación, pues se encontraba en posibilidad de comprender el carácter ilícito de su hecho y de determinarse de acuerdo a esa comprensión, al aplicarle a la ofendida K. B. Z. el medicamento que a la postre produjo la muerte de su hijo al momento de su nacimiento[382].

La resolución anterior de la Sala Tercera, es sumamente clara, por lo cual no requiere mayor explicación. No obstante, véase cómo se exponen las razones por las cuales el acusado (un médico de la C.C.S.S.), tenía pleno conocimiento de los hechos que ejecutaba y del carácter ilícito de los mismos, a tal grado que incluso conocía que el mencionado medicamento, no estaba autorizado, porque se encontraba en una fase de estudio. Razón por la cual, no estaba permitida su utilización con fines ginecológicos. A pesar de ser conocedor de esta situación, lo utilizó y generó un resultado funesto. Todas estas circunstancias ponen de manifiesto que no actuó amparado a ninguna

---

[382] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 791-2001, de las diez horas con diez minutos, del veinte de agosto de dos mil uno.

causa de atipicidad o de justificación, que generara a su vez, la existencia de un error de prohibición, como lo argumentaron los recurrentes ante la Sala Tercera.

De esta forma, se han intentado poner de manifiesto, los aspectos más relevantes del error de prohibición directo, a través del cual la defensa debe demostrar que en el caso concreto que se juzga, por no concurrir un elemento esencial, como lo es la conciencia de la antijuricidad, se da la exclusión del reproche, en el caso de que se trate de un error de naturaleza invencible. Caso contrario, si se trata de un error vencible, lo que opera es la atenuación de la pena.

Tómese en consideración la importancia de este tipo de errores y los beneficios que cualquiera de ellos, puede producir a la persona acusada. Sus beneficios son de tal relevancia que sobra señalar la importancia, y me atrevo a indicar, la obligación que recae sobre el o la profesional de la Defensa Pública, para que lo aplique con un alto rigor técnico.

Resulta además importante analizar en forma breve, el error que tiene su origen en la creencia de que se actúa, amparado a una causa de justificación que, en realidad, no existe.

Aunque anteriormente se hizo referencia al error de prohibición que se genera a raíz de la creencia errónea de que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación, al que denominamos error de prohibición indirecto, es oportuno hacer algunas observaciones al respecto para mayor claridad del tema. Tal situación está prevista en el Código Penal nacional, en el artículo 34 párrafo final. Sin embargo, se afirma en la doctrina nacional que se le dan los efectos del error de prohibición regulado en el artículo 35. En este sentido, se indica:

> Error indirecto de prohibición existe cuando el agente sabe in abstracto la acción que realiza está sometida a pena, pero cree que en su caso específico (in concreto), no lo está, porque asume erróneamente que está cubierta por una causa de justificación. A este tipo de error de prohibición se le llama indirecto o de permiso porque deriva de la errónea asunción por el autor de la existencia de una causa de justificación[383].

[383] Castillo González, Francisco. **El Error de Prohibición. (2001).** Editorial Juritexto, San José, p. 98.

En similares términos, se manifiesta:

> El error sobre la existencia de una causal de justificación es clasificado como error de prohibición dado que el sujeto supone erróneamente y en forma invencible que lo ampara una causal inexistente… El error puede versar sobre cualquiera de las causales de justificación: el cumplimiento del deber, el legítimo ejercicio del derecho, el cumplimiento de orden legítima de autoridad, el estado de necesidad y la legítima defensa[384].

Se verifica la existencia del error de prohibición, cuando el agente supone falsa o erróneamente la existencia de los elementos objetivos de la causa de justificación y, por ello, no está sujeto a pena. Esta situación se puede dar conforme a tres presupuestos: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la norma. b) El [sic] sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación. C) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación, cuando en realidad no lo está. En este sentido, en la jurisprudencia se indica sobre el error en las causas de justificación:

> Del anterior cuadro fáctico que se extrae de la sentencia del Tribunal es posible concluir con certeza, que el acusado A. actuó bajo la falsa creencia de que sería objeto de una inminente agresión por parte del ofendido. Las amenazas que el ofendido había hecho contra el imputado y su madre, incluso mostrando una arma y señalando que lo iba a matar, sin lugar a dudas contribuyó a que el imputado lo calificara como su enemigo y se sintiera amenazado de muerte al momento en que se encontraron en un bar, cuando el ofendido hizo un ademán como si intentara sacar algún objeto de sus ropas. En contraste con la forma de actuar de M. antes de los hechos de examen, A. nunca hizo nada en su contra, ya verbal ya físicamente, como para pensar que atentaría contra la vida de M., pese a que éste era imputado en un proceso penal por robo en perjuicio de la madre de aquél de nombre P. M. No era de esperar por ello una actuación fuera de la ley, por parte de A. en contra de M.; antes por el contrario, se sometió a derecho al esperar el resultado del proceso en que la señora P. M. se decía víctima de un robo por parte del ahora ofen-

[384] García Valencia, Jesús Ignacio. (1994). **Las Causas de Inculpabilidad.** Ediciones GUSTAVO IBAÑEZ, Segunda Edición, Santa Fé de Bogotá, pp. 176-177.

> dido. Por estos antecedentes -que no son ajenos al caso- al encontrarse en la Soda y Restaurante La Rueda a muy corta distancia, y hacer el ofendido un ademán como si fuera a sacar algo de entre sus ropas, provocó que A., razonable e invencible pero falsamente, creyera ser objeto de una agresión con arma cortante por parte de M. Razonablemente porque, como se dijo, el ofendido amenazó de muerte al imputado y otras personas exhibiendo un arma blanca; invenciblemente, ya que no era aceptable esperar una primera acción de M. que pusiera en peligro su vida (según creía) con el esperado acometimiento; y falsamente, porque el hoy occiso no portaba arma alguna al momento en que el imputado le disparó. Empero, creyendo que se defendía, A. disparó contra M. y le dio muerte. Lleva razón el recurrente, cuando alega que se trata de una «defensa putativa», prevista en el artículo 34 del Código Penal; pues esta tiene lugar cuando objetivamente no existe agresión ilegítima, pero, en la psiquis del agente hay una falsa representación de la realidad y cree que es objeto de tal acometimiento, en circunstancias en que no podía pensar otra cosa[385].

Todos estos casos en donde el agente cree errónea o falsamente que concurren las circunstancias fácticas que facultan actuar amparados a una causa de justificación, aunque objetivamente las mismas no se dan, se conocen en doctrina y en el ámbito jurisprudencial, como causa de justificación putativa. Todos estos casos se ubican dentro del error de prohibición indirecto.

3. ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO[386]*

Es importante hacer referencia a otro tipo de error que se denomina error de comprensión culturalmente condicionado, el cual como tal, forma parte del error de prohibición y tiene su origen, atendiendo razones de naturaleza cultural que inciden propiamente en el ámbito de la reprochabilidad de la conducta. El mismo debe ser analizado concretamente al momento de revisarse lo concerniente al elemento de la comprensión de la ilicitud o comprensión de lo injusto, integrante de la culpabilidad.

---

[385] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 052-F**,** de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos, del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres.

***** *El error culturalmente condicionado es inaplicable en nuestra legislación***,** según Castillo González, Francisco. (2001). **El Error de Prohibición.**, Editorial Juritexto, San José, 2001, p. 112 y siguientes.

[386] **El Error culturalmente condicionado es inaplicable en nuestra legislación**, según Castillo González, Francisco, **El error de Prohibición**, p. 112 y siguientes.

Por tanto, se debe tener presente que:

> El segundo gran aspecto que se debe valorar en el tema de la culpabilidad como elemento del delito hace referencia al llamado conocimiento de la ilicitud o comprensión de lo injusto. Como indica Castillo González, la culpabilidad implica un juicio de reprochabilidad personal al sujeto a quien, pudiendo comportarse conforme a derecho, no lo hizo. La conciencia de lo injusto integra de esta forma el reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que grava al autor[387].

Sobre lo que significa el error culturalmente condicionado, como una de las manifestaciones del error de prohibición, se ha indicado:

> Finalmente, estarían contenidos los aspectos del error de comprensión, tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuridicidad. Cuando es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión funciona en aquellos casos donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento. Desde este punto de vista, el error de comprensión es una forma de error invencible de prohibición. El error de comprensión puede ser culturalmente condicionado cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquél grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos exigirle que las interiorice, que las haga suyas. Por supuesto que éste es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento

[387] Ver Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,** p. 99.

> (antropológico y sociológico) acumulado en relación a las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc., todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el concepto de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto[388].

Los defensores y defensoras públicos, deben tener conocimiento de este tipo de error y cuál es su aplicación práctica, por cuanto los acondicionamientos de orden cultural, religioso o de cualquier otra naturaleza, muchas veces varían de una zona a otra de nuestro país.

No debe olvidarse, además, la existencia en nuestra región de grupos étnicos que conviven en el seno de sus grupos sociales arraigados a otras costumbres o valores sociales y religiosos, que permean su forma de ver la vida, de comportarse y hasta de llevar a cabo la convivencia diaria.

Un caso concreto son las diversas comunidades indígenas que habitan diversas zonas de nuestro país, entre las cuales incluso se da divergencia en cuanto a creencias y religión de una a otra comunidad indígena. Por esta razón, no es extraño que, en la práctica diaria, nos encontremos con situaciones en donde debe utilizarse este tipo de error para sustentar en forma efectiva, la defensa de nuestros representados, haciendo ver la necesidad de un trato diverso, atendiendo a la aplicación de esos valores y principios que identifican a los integrantes de estos grupos sociales.

Otro ejemplo lo constituyen los grupos religiosos que en nuestro país hay de múltiple naturaleza. Alguno de ellos, verbigracia, no admiten las transfusiones de sangre, situación que muchas veces podría poner en peligro de muerte a uno de sus integrantes.

Entender por qué uno de estos patrones socioculturales y la forma cómo el derecho penal debe interpretarlos en el caso concreto, son un excelente reto para los que desempeñamos esta digna profesión. Así deviene la importancia de conocer cómo opera en la práctica diaria, el error culturalmente condicionado.

Sobre este tema y, en relación con la situación de los indígenas, se ha indicado:

---

[388] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 446-F-92, de las quince horas cuarenta minutos, del veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

> En esto, hay que tener presente que no solo la falta de conocimiento de la antijuricidad puede producir la exclusión de la culpabilidad sino también la falta de comprensión: Al respecto indica Gladis Yrureta: En Efecto hay casos en que el indígena puede saber que un determinado hecho esta castigado por las leyes de sus dominadores, pero esa mera información no le permite una comprensión de la norma punitiva o una internalización de ella en forma que él pueda captar, aceptar o comprender la prohibición, lo que podría ser necesario, según Zaffaroni, para la existencia de la culpabilidad. Nos damos perfecta cuenta de que este error de comprensión que no excluye el conocimiento de la antijuricidad, podrá parecer a algunos insuficiente para eliminar totalmente la culpabilidad (reproche) de quien realice una conducta típica y antijurídica, principalmente en razón de las ideas dominantes sobre la imperatividad de las normas jurídicas en todo el territorio por sobre la apreciación particular de conciencias individuales. Pero no puede dudarse que esa categoría nueva abre la perspectiva novedosa para el propósito [...] que es el de encontrar soluciones técnico-jurídicas lo más amplias posibles, que permitan hacer justicia a la raza autóctona[389].

La anterior argumentación será más comprensible si se analiza lo que al respecto ha señalado nuestra jurisprudencia:

> El error de comprensión culturalmente condicionado: Resulta indudable que el problema que fue sometido a conocimiento del tribunal a quo fue sumamente arduo. Lo que en realidad se terminó por dilucidar no fue otra cosa más que el comportamiento de los progenitores del menor ofendido de no procurar atención médica para él y asegurar de esa manera una eficaz ayuda para evitar el cuadro de salud que terminó por quitarle la vida. Expuestas de ese modo las cosas no resulta justificable, y así lo considera esta Sala, que con la base en ninguna creencia religiosa, se permita que una persona muera por considerar que los tratamientos médicos contradicen la voluntad de Dios. Sin embargo, y como quedó expuesto en el anterior considerando, el problema jurídico sometido a conocimiento de la Sala no es ni la presunta atipicidad de la conducta o de la ausencia de antijuridicidad, sino

[389] Gladis Yrureta, **citada por:** Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,** p. 115.

que correctamente examinado el reclamo lo que se pretende es establecer que el Tribunal de mérito no realizó adecuadamente el juicio de reproche tomando en cuenta los elementos exigidos para ello por el Código vigente. En relación con estos elementos, resulta indispensable iniciar el examen de este problema, indicando que en la especie concurren todos los elementos propios de un error vencible (artículo 35 del Código Penal). Este error afecta la comprensión de la antijuridicidad y, de allí, la interiorización del carácter ilícito del hecho. Cuando este error es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad; entendida esta última como un interiorizar, un hacer suya la pauta normativa. En el caso concreto estima la Sala que existía conocimiento de la ilicitud, máxime como lo tiene probado el a quo, cuando los acusados fueron anteriormente creyentes de la fe católica. Desde esa perspectiva lo que puede resultar afectado es, indudablemente, la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión funciona en aquellos casos, como el presente, donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento. Desde este punto de vista, el error de comprensión es una forma de error de prohibición. Este error puede ser culturalmente condicionado cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos pedirle que las interiorice, que las haga suyas. Por supuesto que éste es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación con las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc.; todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el concepto de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto. El voto de mayoría del Tribunal a quo concluyó que la muerte se produjo por una bronconeumonía cuyo proceso se vio acelerado por la profunda desnutrición

que presentaba el niño. La relación típica se produjo al existir una omisión de los padres de proveer el tratamiento médico necesario para permitir salvar la vida al infante (folio 97 frente). Según lo establecido por la sentencia, un padecimiento de bronconeumonía no podía curarse sin auxilio médico, y si este auxilio no se prestó, en modo alguno podía justificarse por tener un culto religioso distinto, ya que como la misma sentencia lo indica la Constitución Política protege la libertad de cultos pero siempre y cuando dichos cultos no se opongan a la moral universal y a las buenas costumbres. De manera que la incidencia del culto religioso distinto se analiza en el nivel de interiorización de la pauta normativa. Existe prueba suficiente, valorada por el a quo directamente, que establece sin lugar a dudas, que, a pesar de ser la imputada creyente de la fe católica años antes de convertirse al nuevo credo, ésta por su educación formal precaria y por la situación de relativo aislamiento que tenía la comunidad a la que pertenecía era posible que se construyera para sí misma una interiorización de valores religiosos extremos y distintos a los de la colectividad que pudieron incidir en la decisión que al final tomó contra el menor. En este sentido, la sentencia se equivoca al establecer que un fallo que aplique un criterio como el solicitado por la fiscalía sería [...] un funesto precedente (folio 102 frente) ya que analizar para el caso concreto la concurrencia de un error vencible de comprensión es, específicamente, el reconocimiento de una serie de circunstancias personales del agente que lo llevaron a la comisión del hecho. La sanción tiene en esta sede una función preventiva general y especial; el primero de los objetivos se satisface con la imposición de la pena ya que advierte a la comunidad que este tipo de hechos tienen una reacción por parte del Estado, pero el fin de prevención especial no se satisface con la mera condena en cuanto sanción ante un hecho sino, antes bien, como una respuesta del Estado que ha examinado las circunstancias concretas del caso que motivaron el hecho punible o que pudieron afectar la interiorización de las pautas normativas. No podemos exigirle a la acusada que interiorice estos valores cuando está de por medio un cálculo de los posibles peligros del alma inmortal de su hijo frente a las imposiciones de la Ley terrenal, esto no es desaplicar para el caso concreto la ley estatal, todo lo contrario, es tomar atención que la acusada estaba haciendo una medición del enfrentamiento de bienes jurídicos que le impedía una correcta apreciación de la pauta normativa, así las cosas, aunque su error era claramente ven-

> cible por su situación particular (haber sido católica antes), también no puede pasar desapercibido para nosotros que la señora Sánchez estaba tomando en cuenta las circunstancias de una nueva creencia religiosa con la que estaba comprometida, no solo por una convicción personal que quedó patente en las incidencias del proceso, sino también al comprobar lo que dijo el líder religioso y el resto de los testigos sobre el particular. Este pastor o líder explicó claramente que la pareja había actuado conforme a la pauta normativa que venía directamente de Dios y, por ello no podían temer nada. Esto último hace ver a esta Sala que el culto dicho no es una simple conciencia disidente que nunca va a impedir la aplicación de una ley penal, sino que más que eso es un credo, una pauta normativa diversa, una interiorización distinta que ha afectado la comprensión del carácter ilícito del hecho que exige nuestra ley penal para poder imponer una pena.
>
> ... virtud de lo anterior, y aplicando correctamente la ley sustantiva, debe declararse la existencia de un error de comprensión de parte de los imputados J. L. D. P. y O. S. Calvo, conforme lo dispone el artículo 35 del Código Penal. Siendo éste superable o vencible, cabe observar las reglas de dosificación penal que señala el artículo 79 Ibíd. y reducir al mínimo de la pena establecida en el tipo penal de Abandono Agravado de Incapaz que es de seis años, a tres años, que los condenados deberán descontar... Lo anterior por tomarse en consideración que se trata de delincuentes primarios, además de ser personas jóvenes, padres de otro menor (de meses de edad) y que el delito que cometieron fue producto de la inducción derivada de sus condiciones personales de analfabetismo y aislamiento social y demográfico en el que se encontraban[390].

Varios aspectos se deben destacar del análisis del error culturalmente condicionado que realiza la Sala Tercera en el caso concreto. Se ubica el examen en el numeral 35 del Código Penal, en donde se establece: No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está

---

[390] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto Número 561-F-93, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos, del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres**.** ***Para mayor información sobre este tema puede revisarse*:** Campos Calderón, Federico. **Los Derechos indígenas y su situación frente al Derecho Penal (el caso del error culturalmente condicionado**). En Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Revista número 19, San José, pp. 127-137.

sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho, podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79. El tipo de error que se verifica afecta o puede impedir en forma directa, la comprensión de la antijuricidad.

Para el caso de marras, la Sala Tercera consideró que existía, por parte de los acusados, el conocimiento de la ilicitud, en razón de que con anterioridad a que se verificaran los hechos, por los cuales fueron juzgados, profesaron la religión católica, por lo que conocían que su conducta estaba prohibida. Sin embargo, atendiendo precisamente a los nuevos valores que interiorizaron, producto del nuevo culto religioso, no les era exigible la internalización de ese conocimiento.

Se estableció además en el fallo de la Sala Tercera que, atendiendo a la educación formal precaria de la acusada y por la situación de relativo aislamiento que tenía la comunidad a la que pertenecía, que era posible que construyera una interiorización de valores religiosos extremos y distintos a los de la colectividad, lo que incidió en la decisión de no buscar atención médica para el infante enfermo, porque precisamente se hizo bajo el precepto de que tal era la voluntad de Dios. Se indicó, además, que por haber sido católicos, con anterioridad se estaba en presencia de un error vencible.

Analizado a contrario sensu esta situación, es decir, si no hubieran sido católicos los imputados con anterioridad a los hechos, se hubiera estado en presencia de un error invencible que como tal elimina la culpabilidad, caso en donde se tenía que absolver a los imputados.

De esta manera, cumplir con el mandato de Dios, se convirtió para los acusados en una pauta normativa que afectó la comprensión del carácter ilícito del hecho que es requisito para la imposición de una pena.

Una interesante crítica de este fallo de la Sala Tercera, es la que llevan a cabo los autores nacionales Camacho Morales, Montero Montero y Vargas González y digo interesante crítica, porque además de que no comparten la forma cómo fue resuelto el recurso de casación por la Sala, dan su propia solución al problema planteado, el cual lo resuelven señalando que en realidad lo que se dio en la conducta desplegada por los acusados, fue la inexigilibilidad de otra conducta, es decir, su conducta fue apegada a derecho y, por ello, se les debió absolver de toda pena y responsabilidad. Entre estos argumentos, señalaron:

> En el caso concreto los imputados conocen que su actuar es antijurídico, no se encuentran inmersos en un orden normativo de una cultura diferente, sino simplemente que la práctica

de una determinada religión se opone a las pautas normativas de la sociedad y están convencidos de que su conducta debe ajustarse a los que predica su fe y no a las normas jurídicas terrenas, lo que es propio del autor por convicción.

La categoría del autor por convicción no puede ser considerada un error de prohibición, porque la ley sólo exige el conocimiento de la antijuricidad, no su aceptación, como lo Señala Castillo González. Además, no es posible encuadrar al autor por convicción como un supuesto regulado en el numeral 35 del Código Penal, porque no admite graduación en términos de vencibilidad o no vencibilidad del error, a lo sumo es una circunstancia que puede ser apreciada a la luz del numeral 71 del Código Penal para graduar la pena.

Ya sea que la convicción origine en ideas ideológicas o religiosas, es siempre absoluta o invencible, porque sólo podría ser superada mediante la renuncia a las ideas que generan la convicción, lo que sería contrario a la dignidad humana, la libertad de culto y a la libertad de pensamiento, propio de sociedades, que no admiten la diversidad, el pluralismo, que son intolerantes y por lo tanto antidemocráticas.

Por lo anterior, no se comparte la solución dada por la Sala Tercera al caso de comentario. En primer lugar porque no se trata de un supuesto de error culturalmente condicionado, error que con un proceso de culturización el individuo puede superar, sino de un autor por convicción en que jurídicamente es inexigible su superación, porque dicha diligencia es contraria a la dignidad humana.

En el caso concreto la única forma de que los imputados pudieran vencer su error y comprender la antijuricidad de su actuar conforme a la ley terrena, era renunciando a sus convicciones religiosas, que precisamente lo llevan a actuar en forma diametralmente opuesta a lo que el derecho espera de ellos en la situación concreta sometida al conocimiento de la jurisdicción, condenar a los imputados por actuar conforme a sus convicciones, implica que les era exigible dicha renuncia que reiteramos es contraria a la dignidad humana y al derecho fundamental de libertad de culto. Por las mismas razones, carece de toda importancia el hecho de que los imputados hubieran profesado en una época anterior la fe católica, lo determinante son sus convicciones al momento del hecho, las que deben ser respetadas.

> Si se trata el supuesto de hecho analizado como una forma de error de prohibición, necesariamente debió absolverse a los imputados porque dicho error sería siempre invencible.
>
> En conclusión, la solución correcta del caso era la absolutoria por inexigibilidad de la conducta conforme a derecho[391].

Analizados ambos criterios, se considera que la opinión de Camacho Morales y otras, es más garante y propia de un sistema democrático como el nuestro. Pero además la utilización por parte de la Sala Tercera, del argumento de que con anterioridad a la verificación de los hechos, los imputados profesaron la fe católica y, por ello, la actuación se enmarca dentro de un error de prohibición culturalmente condicionado de naturaleza vencible, deja serias y graves dudas.

Como bien lo señalan Camacho Morales y otras, se les debió juzgar por sus creencias actuales y no por las que alguna vez profesaron. En esta medida, se aplicó desde mi óptica, un derecho penal de autor y no de acto, que es el propio del sistema democrático, como lo es el nuestro.

En fin, queda para la meditación, ya que ambas propuestas generan una serie de interrogantes que deben ser analizadas en forma cuidadosa.

Para finalizar el tema del error de prohibición a manera de síntesis de todo lo dicho, es oportuno reseñar el cuadro que incorpora Zaffaroni en su obra, para explicar la forma de operar de esta clase de error:

	A.-Directo: cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva.	
1. Error que afecta el conocimiento de la antijuricidad que puede ser:[392]		
	B.-Indirecto: que recae sobre la permisión de la conducta, y que puede consistir en:	B.1.-La falsa suposición de un permiso que la ley no otorga, o en B.2-La falsa admisión de una situación de justificación que no se da (justificación putativa)
II. Error de comprensión, que afecta la comprensión de la antijuricidad		

[391] Ver Camacho Morales y otras, **Óp. cit.,** pp. 164-165.
[392] Ver Zaffaroni**, Manual de Derecho Penal,** pp. 578- 579**.**

En cuanto a los efectos independientemente de la clase de que se trate:[393]

Efectos del error de prohibición	Si es invencible	Elimina la culpabilidad y el injusto no llega a ser delito.
	Si es vencible	Reduce la culpabilidad y hay delito, pudiéndose sólo reducir la pena hasta el mínimo legal establecido para el delito de que se trate.

[393] **Ibídem.**

SECCIÓN IV:
LA EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA CONFORME A DERECHO

Cuando se analiza el tema de la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, el cual constituye el tercer gran elemento de la culpabilidad, lo que se pretende es analizar, si bajo las circunstancias en las que el agente actuó, le era exigible actuar conforme a derecho.

Se debe recordar que el reproche personal se articula sobre la base de que el autor se ha comportado de modo contrario al deber. Es decir se parte del presupuesto de que la persona acusada, debió adecuar su conducta de conformidad con los lineamientos que la vida en sociedad le impone, salvo que surjan circunstancias que hagan imposible que el autor se comporte, de acuerdo con lo que el ordenamiento jurídico espera. Es por ello que se afirma:

> En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal[394].

El análisis de la no exigibilidad de la conducta conforme a derecho,[395] se ubica en forma estricta en la culpabilidad. No se tiene que revisar si la conducta fue dolosa, culposa o preterintencional, pues estas circunstancias no interesan; lo que ocupa la atención es revisar si se dio alguna de las circunstancias de las que enuncia la propia ley, las cuales tienen como efecto eliminar el reproche jurídico penal. Tal y como se afirma:

> Hay casos que dan lugar a hipótesis de inexigibilidad de otra conducta porque el autor obró bajo los efectos de una fuerte presión psíquica, en la que no es posible esperar un comportamiento adecuado a derecho. En cada caso en particular, se debe producir la prueba del alto poder coactivo del estímulo exterior, y el grado de resistencia al mismo del individuo[396].

---

[394] Muñoz Conde, Francisco, **Teoría General del Delito**, p. 127.

[395] ***En doctrina se discute la naturaleza jurídica de la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, discusión que puede revisarse en*:** Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,** pp. 131-132.

[396] Ver Righi, Esteban y Fernández, Alberto A, **Óp. cit.,** p. 243.

Es importante tener presente que el alegato de la existencia de cualquier causa exculpatoria, obliga a su demostración, lo cual solo se puede lograr, mediante la presentación de los elementos probatorios adecuados. Y refiero adecuados por cuanto de lo que se trata, es demostrar que bajo las circunstancias concretas, el agente no podía actuar como el ordenamiento jurídico esperaba, y, más bien tuvo que actuar en forma ilícita.

Sobre esta temática, también se ha indicado:

> El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio, a todos los ciudadanos. Los niveles de exigencia varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos… Junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad sujetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, por ello comportaría un excesivo sacrificio para él.
>
> El derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuricidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento jurídico) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable[397].

De lo anterior se deduce que, una vez que el agente tiene conciencia de la antijuricidad del acto, debe adecuar su conducta acorde con dicha comprensión, precisamente para conducirse conforme al mandato que impone la norma penal. No obstante, en ocasiones a pesar de que se verifique dicha comprensión, no puede esperarse que la persona actúe según lo esperado, en razón de que se reduce su ámbito de autodeterminación, cuando aparecen

---

[397] Muñoz Conde, Francisco, **Teoría General del Delito**, p. 127.

circunstancias que impiden que el sujeto actúe, de acuerdo con lo que el ordenamiento jurídico espera, y surge la no exigibilidad o lo que es lo mismo, la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho, la cual viene a representar la excepción a la regla. En este sentido se indica:

> La inexigibilidad no se funda en la ausencia de capacidad para motivarse conforme a la norma, ni en la falta del conocimiento necesario para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. En las situaciones de no exigibilidad, la norma prohibitiva o preceptiva no despliega su ordinaria eficacia motivadora frente al sujeto, porque existe un contramotivo jurídicamente relevante, determina que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto; O dicho con otras palabras: que el individuo no se halle obligado a llevar a cabo una conducta jurídicamente justa.
>
> La no exigibilidad representa, pues, una dispensa, otorgada en ciertas situaciones, del reproche personal por el hecho injusto realizado. De acuerdo con la sistemática adoptada, la conducta de quien actúa en situación de no exigibilidad sigue siendo antijurídica, aun cuando sea excusable (…)[398].

A pesar de que en la anterior cita, se explica en términos muy sencillos, en qué consiste la no exigibilidad de la conducta conforme a derecho, los profesionales de la Defensa Pública, debemos tener presente que no es solo afirmar, sino acreditar desde el punto de vista probatorio, como estrategia de defensa, que opera en la conducta de la persona acusada, la no exigibilidad de la conducta que conlleva a la eliminación del reproche jurídico penal.

Por ello se afirma que el alegato en tal sentido, debe acreditarse desde el punto de vista probatorio y que obliga a poner en práctica toda una estrategia tendiente a demostrar tal circunstancia. Por su parte, es de esperar que el Ministerio Público pretenda demostrar que no se dio circunstancia alguna que neutralice la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

---

[398] Ver Cobo del Rosal (M). Vives Antón. **Óp. cit.,** pp. 525-526.

1. CAUSAS DE EXCULPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE

Interesa ahora conocer en la brevedad de este trabajo, las circunstancias que posibilitan a la persona acusada, actuar en forma contraria a la exigibilidad de la conducta, conforme a derecho, es decir, otorga la potestad de actuar en forma contraria a lo esperado por el ordenamiento jurídico, en razón de que la persona pierde o ve reducido su ámbito de autodeterminación, cuando aparecen determinadas circunstancias. La no exigibilidad es un principio que como tal, permea todo el ordenamiento jurídico, es decir, no es exclusivo del derecho penal.

Sobre este tema en particular, se indica:

> Las Causas de exculpación que excluyen el elemento de la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, que aparecen formalmente en nuestro Código son la obediencia debida (artículo 36 del Código Penal) y la coacción o amenaza, que se ha considerado es el llamado estado de necesidad exculpante[399].

1.1. LA OBEDIENCIA DEBIDA

Iniciamos el estudio de las causas de exculpación. Para estos efectos, corresponde el análisis de la obediencia debida, la cual está prevista en el artículo 36 del Código Penal, para ello se establece:

> Artículo 36: No es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurran los siguientes requisitos:
>
> Que la orden dimane de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por ley.
>
> Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden.
>
> Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.

---

[399] Ver Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,,** p. 144.

Véase en primera instancia que la propia norma establece que no es culpable[400], con lo que se alude a la ausencia del reproche jurídico penal. Claro que para que opere como causa exculpatoria, deben cumplirse los requisitos que la propia norma establece, pero además, se debe presentar la prueba idónea que permita demostrar tal situación.

Sobre esta causa exculpatoria, se señala que la obediencia debida solo puede ser la obediencia jerárquica, pues la obediencia reverencial no puede relevarse penalmente a efectos de excluir el reproche-jurídico penal. Sobre esta causa de no exigibilidad de la conducta, conforme a derecho se señala:

En relación con este artículo hay que distinguir tres posibles situaciones:

- El sujeto que cumple la orden creyendo que la misma es legal, se encuentra cubierto por un error de los contenidos en el numeral 34, párrafo 2 (error sobre las circunstancias fácticas de la causa de justificación [...]
- Si el sujeto cumple la orden, verificándose todos los presupuestos señalados en el artículo pero con conocimiento, de que la misma es ilegal (sin que su ilegalidad sea evidente para terceros), obedeciendo por temor a las consecuencias de su desobediencia (por, ejemplo perder el trabajo, ser acusado de incumplimiento de deberes no obstante la ilegalidad de la orden, etc.), se estaría ante el supuesto de exculpación recién transcrito.
- Ahora bien, si la orden resulta evidentemente ilegal, no cabe la causal de exculpación en discusión, pues se contraría el requerimiento contenido en el inciso c)[401].

La jurisprudencia nacional se ha ocupado de analizar esta causa de exculpación, para lo cual ha señalado:

A mayor abundamiento, cabe aclarar que el artículo 36 del Código Penal, que contempla la obediencia debida como cau-

---

[400] **La formula no es culpable** que utiliza el artículo 36 del Código Penal Costarricense, no siempre significa ausencia de reproche jurídico penal, pues por problemas de técnica legislativa, también se utiliza en otros presupuestos, para los cuales no se debió emplear. Por ejemplo, el artículo 33 regula el caso fortuito y la fuerza mayor, los cuales son casos de atipicidad, pero nunca de exculpación.

[401] Ver Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana, Vargas González, Patricia, **Óp. cit.,** pp. 144-145.

> sal de exclusión de la culpabilidad, requiere la concurrencia de tres requisitos: a) que la orden dimane de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por ley; b), que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden y c), que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. Dicho en otras palabras, para que pueda invocarse esta causal de exculpación, no basta con que haya una relación jerárquica y una orden emanada de un superior que cumpla con las formalidades, sino que también resulta necesario ponderar la naturaleza de la conducta realizada, la que debe ajustarse a derecho (en ese sentido, véase la resolución de esta Sala # 888-03, de 10:05 horas del 3 de octubre de 2003). En el presente asunto, aún teniendo por acreditado en forma hipotética que el acriminado simplemente acató las órdenes emanadas de su superior, al proceder a sacar de la esfera de la Administración los fondos del programa de vallas publicitarias, a sabiendas de que RECOPE no recibiría ningún servicio de publicidad, resulta evidente que la citada orden implicaba - en forma evidente - una infracción punible y en ese sentido, no puede admitirse que se tratara de una orden de acatamiento obligatorio, al no resultar cierto que tratándose de comportamientos delictivos, por el simple hecho de que se lo señalara su superior, estuviera obligado a llevarlos a cabo. Recapitulando, aún partiendo de que Q.Q. recibió la orden de extraer los fondos de la órbita de la Administración, tampoco se darían los requisitos sustanciales para que operara a su favor la causal prevista por el artículo 36 mencionado, pues independientemente del nexo de subordinación que tenía respecto a G. C., esa orden sería manifiestamente ilegal[402].

En el anterior caso, no se cumple con el tercero de los requisitos que señala el legislador, ya que debe concurrir para efectos de que opere dicha causal de exculpación, pues la orden emanada del superior era manifiestamente ilegal. A pesar de que se verifiquen en la especie, los dos requisitos anteriores, debe también concurrir el tercero, sea que la orden no revista el carácter de ser una orden ilegal, pues si sucede de tal forma, no opera la causa de exculpación.

---

[402] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 700- 2006, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos, del siete de agosto de mil novecientos noventa y seis. **Véase en igual sentido: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 776-2003, de las once horas veinticinco minutos, del nueve de setiembre de dos mil tres.

1.2. LA COACCIÓN O AMENAZA

Por su parte, el artículo 38 del Código Penal, regula lo correspondiente a la coacción o la amenaza, la cual es una causa de exculpación. En este sentido, se regula:

> Artículo 38: No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa.

Al igual que con la obediencia debida, se indica inicialmente que no es culpable, la actuación que se realiza bajo las circunstancias que ahí se enuncian.

Sobre los requisitos que se requieren para que se configure esta causa de exculpación, se ha señalado en la jurisprudencia:

> Al respecto, en la especie se tuvo por cierto lo siguiente: a) Que a eso de las once horas del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos, la aquí imputada I. C. C. fue interceptada por autoridades de la Unidad de Admisión de esta ciudad, cuando intentaba ingresar a ese centro de reclusión, donde guarda prisión su concubino el interno R. S. V. b) que la acción de dichas autoridades, se debió a que se tenía informes de que la imputada trataba de introducir droga bajo sus ropas, por lo que se dio aviso a la Policía Judicial y estas [sic] a su vez, pidieron a la señora Juez de Instrucción competente, se hiciera el respectivo registro corporal de la acusada. c) que verificada esa diligencia, se halló en los genitales de la imputada sendos envoltorios en papel periódico conteniendo picadura de MARIHUANA y, en papel aluminio, doce piedras de crack. d) que esa droga la llevaba la imputada para su concubino S. V. quien la había obligado a hacerlo, dándole días antes una golpiza, en el mismo Penal, que ameritó el traslado de la imputada al Hospital, y la tenía amenazada con seguirla agrediendo si no le llevaba la droga. Ahora bien, a juicio del Tribunal de mérito en el presente asunto se configuró la causal de exclusión de culpabilidad prevista por el artículo 38 del Código Penal, ya que, [...] la golpiza que recibió la imputada, el día cercano a los hechos acusados, de parte de su concubino, era suficiente para persuadir a ésta de que siguiera al pie de la letra los deseos de él, de que le llevara

la droga en mención. Añade el fallo que: [...]el argumento de que la imputada podría evitar que ese hecho se repitiera, simplemente dejando de visitar a su concubino, supone un tratamiento superficial de la problemática de la imputada, como mujer agredida, su dependencia afectiva con su concubino y la probabilidad de que las amenazas de éste se concretaran a corto o mediano plazo (sic, folio 56 vuelto, líneas 5 a 15). Examinados los hechos desde la óptica anterior, no observa esta Sala que se haya cometido algún yerro en la aplicación de la ley sustantiva. El fallo tuvo por probado que la justiciable actuó obligada no sólo por la paliza que le había propinado su concubino, sino también por las amenazas que éste había proferido en su contra, de modo que, dada su condición de mujer agredida, no podía esperarse que actuara de otra manera, ante la grave e inminente posibilidad de sufrir males mayores. No se puede negar que, para la existencia de la causal de comentario, basta una disminución considerable en el ámbito de libre determinación de la persona, es decir, no se requiere una imposibilidad absoluta de exigir otra conducta. Como bien indica Soler: Al hablar, pues, de coacción nos referimos a aquéllos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él. El que está amenazado de muerte para que destruya un documento, es todavía libre de resolver una cosa u otra, y si rompe el documento, es indudable que entre las posibilidades ha querido una (coactus voluit). [Soler, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, T.E.A., sétima reimpresión, tomo II, 1976, pág. 81]. Por ende, para la procedencia de la causal bajo análisis no se requiere que el sujeto esté absolutamente impedido para actuar de otro modo. Si se diera esta última circunstancia, lo que tendríamos sería una falta de acción, como ocurre cuando se ata o se sujeta a una persona para evitar que realice un acto debido, lo cual obviamente no responde a la hipótesis que se examina. En realidad, la víctima de coacción se ve obligada a realizar actos determinados (vis compulsiva), lo cual excluye todos aquellos supuestos que -por su magnitud- configuran una fuerza física irresistible que elimina la conducta (vis absoluta). [Cfr. Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, EDIAR, tomo IV, 1982, pág. 240]. Aunque no lo hayan indicado expresamente, los juzgadores estimaron que la encartada C. C. incurrió en una acción típica y antijurídica, pese a lo cual se excluyó el juicio de reproche en su contra, al considerarse que -ante la agresión y amenazas de que había sido objeto-

> no era razonable exigirle una conducta diversa. Para llegar a otra conclusión habría que modificar los hechos de la sentencia, lo cual no es permitido en esta vía. Por ende, el reproche debe ser declarado sin lugar[403].

El criterio esgrimido en la resolución anterior, fue reiterado en otra resolución de la Sala Tercera, en donde se presentó un marco fáctico similar al anterior. En esta otra resolución se señaló:

> El órgano de instancia detalló con precisión y de manera pormenorizada, los razonamientos de fondo que le hicieron concluir acertadamente, la falta de reprochabilidad en la acción desplegada por Agüero Céspedes, quien motivada por la existencia de amenazas que eviden2ciaban un peligro inminente en contra de la integridad física de su compañero R. M. A. y de su hijo - de tan solo dos años de edad -, ingresó al centro penitenciario La Reforma con un envoltorio que contenía droga. Contrario al criterio del recurrente, el Tribunal examinó la totalidad del elenco probatorio, específicamente la declaración de la requisadora M. A. C. C., el informe policial, el acta de decomiso, el dictamen criminalístico y la certificación de juzgamientos, pruebas que determinaron la acción típica desplegada por la imputada, al intentar ingresar al centro de adaptación social portando sustancias ilícitas. De allí se deriva con claridad, que el sentenciador valoró de manera total el elenco probatorio. Como prueba de descargo evacuó la declaración de R. M. A., concubino de la encausada y detenido en el citado centro penitenciario y la propia declaración de defensa de la convicta, manifestaciones que analizó con sumo detalle en el considerando III) de la sentencia. Mediante la inmediación de la prueba, el a-quo logró precisar que A. L. A. C., al momento de declarar: [...] se mostraba nerviosa, con frío, presa de un continuó temblor corporal y con voz apenas audible y manifestó que en efecto ella había incurrido en la conducta acusada, pero que lo hizo obligada por las circunstancias, que ella en ningún momento quiso hacerlo y se encontraba arrepentida; y explica que todo se debió a que su compañero R. M. A., quien se encontraba detenido en La Reforma descontando una pena por robo agravado, fue presionado por otros internos para que accedie-

[403] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 765-F-95, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos, del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

> ra a introducir la droga, que la presión se ejerció por medio de amenazas dirigidas contra él que ponían en entredicho su integridad y la de su familia [...] que finalmente accedió por temor a que mataran a su compañero [...] *(confrontar folio 98 frente).* El proceso penal no se basa en prueba tasada, de allí que es libre para valorar con apego a las normas del correcto entendimiento humano y de acuerdo con el principio de inmediación, los elementos probatorios. El simple hecho de que el testigo Miranda Avendaño fuera concubino de Ana Lorena, no posibilita desacreditar su dicho -como pretende el representante del Ministerio Público– lo cual constituye una apreciación subjetiva que debe rechazarse de plano. Este proceso tiene características propias que lo hacen singular, precisamente por la existencia de amenazas graves que motivaron al sujeto activo, a realizar una acción delictiva no querida. En razón de lo expuesto, no es posible considerar, que de tenerse como cierta esa amenaza, se autorizaría de manera indirecta a las personas para introducir drogas a los centros penitenciarios, debido a que ésta es una apreciación que carece de objetividad y en modo alguno, el fallo puede tener efectos delictivos, como pretende resaltar el recurrente. El órgano de instancia tuvo por probada la existencia de una amenaza grave que motivó a la acusada a desplegar la acción típica, precisamente por inexistencia de prueba o indicios que desacreditaran las versiones tanto del testigo Miranda Avendaño, como de la justiciable Agüero Céspedes. Tampoco es factible considerar, que una persona privada de libertad, con varios años de encontrarse en esa situación dentro del centro penitenciario, no pueda resultar objeto de amenazas contra su vida, como pretende hacer ver quien recurre, lo que constituye otra apreciación subjetiva que debe rechazarse y mas bien se pretende con ello, que la Sala revalore aspectos que fueron analizados oportunamente por el Tribunal sentenciador, situación que no procede en casación, por lo que este segundo motivo corresponde declararlo sin lugar[404].

Es incuestionable que para demostrar una causa de exculpación, como lo es la coacción o la amenaza, se requiere llevar a cabo un laborioso análisis de pruebas que demuestren que se actuó bajo tal estado.

---

[404] **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto número 776-2003, de las once y veinticinco minutos, del nueve de setiembre del año dos mil tres.

En los casos anteriores, la Sala cita la amplia revisión de las diversas probanzas evacuadas por parte del Tribunal de Juicio, las cuales lo llevarán a considerar que la imputada actuó bajo la causa exculpatoria en estudio. Los defensores y defensoras públicos, debemos realizar esta labor en debate, a efectos de lograr convencer al Tribunal que debe operar en la especie, la aplicación de dicha causa de exculpación.

Solo con un análisis riguroso de la prueba documental, testimonial, se va a lograr demostrar que nuestro representado o nuestra representada, actuó bajo un estado emocional que coartó su autodeterminación, como ser humano, sea bajo un estado de coacción o amenaza, estado en el cual obviamente el ser humano no actúa con libertad, sino más bien con una voluntad viciada.

Se ha mencionado mucho la idea durante este texto, de la necesidad de demostrar con la prueba adecuada, nuestra estrategia de debate. En este sentido, lo que se ha querido señalar es que: Más que afirmar el defensor y la defensora debemos demostrar, y esta demostración solo se logra, mediante la presentación de la prueba idónea.

No me refiero a la cantidad de pruebas, sino a la calidad, por cuanto incluso la sola versión del imputado o de la imputada, puede ser suficiente para demostrar que actuó bajo una causa exculpatoria (criterio válido para muchas otras circunstancias o argumentos que se aleguen, por ejemplo, la actuación bajo el amparo de una causa de justificación), como estrategia de defensa en el juicio (debate) por parte de la persona que representamos.

Así, se evidencia, en forma clara, la gran responsabilidad de la defensa técnica, de aportar las pruebas necesarias para demostrar en qué consistió la coacción o amenaza que obligó a la persona que representamos, a actuar tal y como lo llevó a cabo.

En los anteriores casos, en donde se aplicó la existencia de coacción o amenaza, como causa exculpatoria, se realiza el análisis de la prueba en forma amplia y clara, a tal grado que no queda duda de cuáles fueron esas circunstancias que obligaron a la imputada a conducirse en la forma como lo hizo, y por qué su conducta no puede ser reprochada, desde el punto de vista jurídico-penal.

Debemos tener presente que cada vez que pretendamos demostrar una causal de este tipo, estaremos frente a un Tribunal que, la mayoría de las veces, se mostrará incrédulo ante nuestra estrategia de defensa, por lo que debemos convencer más que con palabras, con las pruebas que presentemos para demostrar, por qué nuestro representado o representada, actúo tal y como lo hizo.

Obviamente, tenemos además al frente a un Ministerio Público que tratará de encontrar argumentos para de alguna forma, desacreditar nuestra posición y, en general, nuestra estrategia de defensa. Estas circunstancias ponen de manifiesto el gran esfuerzo que la Defensa Pública debe realizar, cuando pretenda demostrar una causa exculpatoria, como la que aquí se analiza y, por ende debe dejar claro que en el caso concreto, no opera la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

Para finalizar el tema de la culpabilidad y, concretamente, el tópico de la no exigibilidad de la conducta, conforme a derecho, es dable señalar que se mencionan otras causas exculpatorias que, a través de la práctica, e incluso a nivel doctrinario, son reconocidas como tales. Ejemplo de ello es la no punibilidad del encubrimiento entre parientes. El sustento que se le ha dado, por lo general, es el artículo 36 constitucional, el cual contiene el derecho de no declarar en contra de parientes. Pero también, autores como Llobet, afirman que el sustento legal de dicha causa exculpatoria, surge del propio artículo 38 del Código Penal, para lo cual refiere:

> El encubrimiento entre parientes han señalado algunos que se está ante la situación contemplada en el artículo citado, ya que ante la amenaza de ver envuelto a un pariente en un proceso penal es que se le ayuda. Luego señala que no basta la existencia del parentesco para que se dé la exculpación, sino deben ser efectivos los lazos afectivos, ya que sólo si existen estos podría existir la no exigibilidad de otra conducta[405].

Por tanto, la no punibilidad del encubrimiento entre parientes, causa que no se encuentra expresamente regulada en el ordenamiento jurídico como tal, permite afirmar que las causas exculpatorias, no son un número cerrado, sino más bien abierto, y que surgen de todo el ordenamiento jurídico.

---

[405] Llobet Rodríguez, Javier. **La No Punibilidad del Encubrimiento entre Parientes.** En Jurisprudencia Crítica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José, 1988, pp. 96-97.
En igual sentido puede verse: De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana**, Óp. cit.,** pp. 382 y siguientes.

Conclusión

El texto que he redactado y presentado, forma parte del Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública. A través del mismo, he pretendido resaltar aquellos aspectos que se consideran medulares de la teoría del delito, los cuales dan una visión general de los conocimientos que el defensor y defensora públicos, deben manejar satisfactoriamente en el debate y en el proceso penal en general.

No obstante, los conocimientos que se exponen, tienen un alcance general y limitado. Pero recordemos que cada caso que se nos presente en la práctica, requerirá de conocimientos específicos, atendiendo a la singularidad de los hechos delictivos, en donde tenemos intervención.

Por tanto, el presente texto sirve de punto de arranque y de incentivo para mejorar y enriquecer los conocimientos que ahora se presentan y se ponen a su disposición.

En este texto, obviamente, no se agota el análisis de los diversos temas que se trataron; en algunos por la complejidad de los mismos; en otros por la carencia de conocimientos para hacerlo. Pero sí se trata en la medida de lo posible, de resaltar los aspectos considerados más sobresalientes de cada uno de los temas, por lo que el defensor y defensora públicos, deben tomar este texto como punto de partida, a efectos de plantear sus propias reflexiones y mejorar los conocimientos que ahora se les presentan.

La labor que realizamos nos obliga a ampliar nuestros conocimientos cada día. Sin embargo, no puede pensarse en un mejoramiento de nuestros conocimientos, si tal proceso no va paralelo a un proceso continuo para alcanzar una mayor sensibilidad, hacia la labor que ejecutamos diariamente, lo que redundará más allá de beneficiar, al usuario y usuaria que representamos. Además, beneficiará al ser humano que está detrás de cada causa penal y que confía en cada uno de nosotros; primero como personas y luego como profesionales por la labor técnica que desempeñamos.

Se aspira con este texto a fomentar el respeto por la dignidad humana, como valor supremo, en torno al cual debe girar la Administración de Justicia, objetivo que no se puede alcanzar cuando el o la profesional que representa al acusado o a la acusada, no está desde el punto de vista técnico, preparado para hacer valer en el proceso penal, sus derechos y garantías procesales.

Para los defensores y las defensoras que nos desempeñamos en materia penal, es una obligación ser eficientes en nuestras labores cotidianas y brindar nuestros puntos de vista, a lo largo de todo el proceso penal, con altísimo rigor técnico. En este sentido, somos testigos de todo un movimiento que se orienta hacia la ampliación del derecho penal, nuevos tipos penales y nuevas legislaciones que nos obligan a incursionar en campos del conocimiento humano, antes no explorados y el surgimiento de la tutela de nuevos bienes jurídicos. Como consecuencia de ello, la ampliación de la actividad punitiva estatal, nos obliga a estar atentos y a prepararnos para los novedosos campos de discusión jurídica, por lo que el estudio debe ser una herramienta ordinaria y constante de los y las profesionales de la Defensa Pública.

Así como el ordenamiento jurídico es dinámico en la medida que día a día se transforma con nuevas legislaciones, el y la profesional de la Defensa Pública, deben hacerlo también. Con el texto que ahora se presenta, se pone de manifiesto lo complejo que resulta ser la teoría del delito; pero a su vez se ha perseguido como objetivo fundamental, poner de manifiesto que la misma representa una garantía para la persona a la que se le sigue una causa penal y, por ende, a la cual representamos. Y esa función de garantía para el (la) encartado (a), solo puede lograrse en la medida que se manejen con un altísimo rigor técnico, los diversos tópicos que conlleva la teoría del delito.

El derecho de defensa como subprincipio fundamental del debido proceso, regulado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política respectivamente, solo va a representar verdaderas garantías en la medida en que el defensor público y defensora públicos, estén preparados para ello. Asimismo, debe tenerse presente que el proceso penal, es derecho constitucional aplicado, objetivo que no podrá alcanzarse, cuando la defensa es deficiente y, cuando por la desidia, no hacemos bien nuestra labor y, por ello, se irrespetan los derechos de aquellas personas a las cuales representamos.

Recordemos que más que defensores y defensoras, nuestras funciones nos convierten en verdaderas y verdaderos fiscales de legalidad y del respeto de los derechos y garantías que contempla la Constitución Política, a favor de la persona acusada. Sí no realizamos eficientemente nuestra función, como defensores y defensoras públicos, no estaremos a su vez brindando un servicio público de calidad, aspiración a la cual apunta la Administración de Justicia de nuestro país, de la cual formamos parte.

Además, no existen dentro de la teoría del delito, aspectos más o menos relevantes, pues todos ellos como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este análisis, resultan esenciales para establecer una defensa técnica adecuada, realizada con rigor técnico. La mejor defensa técnica no va a ser aquella que logre una absolutoria, sino aquella que dentro del margen de po-

sibilidades legales, resulta la menos gravosa para el imputado y, sobre todo, aquella que se da, teniendo como marco de acción, el respeto irrestricto de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico ha previsto, a favor de toda persona acusada, incluso cuando es condenada. Este resultado es imposible de alcanzar, cuando el o la profesional que está al frente de la defensa técnica, tiene un manejo inadecuado de los conceptos técnico-jurídicos que el caso concreto requiere.

Valga la aclaración, que tampoco se requiere o no es el objetivo que se persigue con este módulo, que el nuevo o la nueva profesional que ingrese a la Defensa Pública, maneje de memoria o en forma automática, la teoría del delito. Lo que se requiere es que para cada caso en concreto; y atendiendo a los requerimientos técnicos del mismo, el y la profesional se preparen, investiguen, estudien y manejen satisfactoriamente los diversos conceptos que les permitirán plantear, una defensa técnica adecuada.

Obviamente este módulo encontrará respaldo en particular, en otro módulo que forma parte del Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública, denominado La Estrategia de Defensa, pero en general en todos los módulos que lo conforman, porque lo que se pretende a través del Programa de Formación, es que brindemos un servicio público de calidad que tenga como centro, el máximo respeto por la dignidad humana.

Bibliografía

Bacigalupo Zapater, Enrique. (1994). Principios de Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición, Akal-Iure, Madrid.

Bacigalupo Zapater, Enrique. (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. Tercera Reimpresión, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia.

Bacigalupo Zapater, Enrique. (1985). Lineamientos de la Teoría del Delito. Editorial Juricentro, 2ª Edición reformada, San José.

Barbosa Castillo, Gerardo. Teoría del Delito. Tipo Objetivo. En Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Universidad de Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología (sin fecha de publicación).

Binder, Alberto M. (2004). Introducción al Derecho Penal. 1ª Edición, Ad-Hoc, Buenos Aires.

Camacho Morales, Jorge; Montero Montero, Diana; Vargas González, Patricia. (2005). La Culpabilidad: Su aplicación en el Tribunal del Segundo Circuito Judicial de San José. 1998-2002. Tesis para optar por la Maestría en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. (1999). Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. Tirant lo blanch Alternativa, Valencia.

Castillo González, Francisco. (1999). El Dolo, su estructura y sus manifestaciones. Editorial Juritexto S.A., San José.

Castillo González, Francisco. (2004). Legítima Defensa. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

Castillo González, Francisco. (2007). El Delito de Omisión Impropia. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

Castillo González, Francisco. (2001). El Error de Prohibición. Editorial Juritexto, Costa Rica.

Castro Ospina, Sandra Jeannette. Tipo Subjetivo. En Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Universidad de Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología (sin fecha de publicación).

Chinchilla Calderón, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. (20005). En los Linderos del ius puniendi. Principios Constitucionales en el derecho penal y procesal penal. Investigaciones Jurídicas, San José.

Chinchilla Sandí, Carlos. (2002). La Culpa en Derecho Penal. Editorial Jurídica Continental, San José.

Chinchilla Sandí, Carlos. (2000). En Constitución Política Comentada de Costa Rica. Cheves Aguilar, Nacira y Araya Pochet, coordinadores, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. San José.

Cobo del Rosal (M), Vives Antón (TS). (1991). Derecho Penal. Parte General. Tirant lo blanch, Valencia.

Creus, Carlos. (1996). Derecho Penal. Parte general. Editorial Astrea, 4° Edición Ampliada y Actualizada, Buenos Aires.

Dall"Anesse Ruíz, Francisco; Fernández Vindas, Rosario; Gatgens Gómez, Erick. (2001). Omisión Impropia. Editorial Jurídica Continental, San José.

Dall"Annese Ruíz, Francisco. (1991). El Dolo. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica.

De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio y Huerta Tocildo, Susana. (1986). Derecho Penal. Parte General, Teoría Jurídica del Delito. Segunda Edición corregida y aumentada, Editor Rafael Castellanos, Madrid.

El-khoury Jacob, Henry Issa. (2002). Antijuricidad y Antinormatividad. En Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Dpto. de Impresos del Poder Judicial.

El Khoury Jacob, Henry y Chirino Sánchez, Alfredo. (1991). Metodología de la Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal. San José, Costa Rica, ILANUD.

Fernández, D. Gonzalo. (2004). Bien Jurídico y Sistema del delito. Editorial B de F. Ltda., Buenos Aires.

Ferrajoli Luigi. (2001). Derecho Y Razón. Editorial Trotta S.A., 5ª Edición, España.

García Valencia, Jesús Ignacio. (1994). Las Causales de Inculpabilidad., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Segunda Edición, Santa fe de Bogotá.

González Castro, José Arnoldo; Campos Zúñiga Mayra; Vargas Rojas, Omar. (1999). Teoría del Delito a la Luz de la Jurisprudencia. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, Costa Rica.

González –Salas Campos, Raúl. (2001). La teoría del bien jurídico en el derecho penal. Segunda Edición, Colección Estudios Jurídicos, 2° edición, México.

Gonzalo Quintero Olivares. (1997). La Tipicidad. En Estudios de Derecho Penal General, Editorial Jurídica Bolivariana.

Hassemer, Winfried. (1984). Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas de Muñoz Conde, Francisco y Luis Alonso Zapatero. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona.

Heinrich Jescheck, Hans. (1993). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Segundo, BOSH, Casa Editorial, S. A., Barcelona.

Heinrich Jescheck, Hans. (1993). Tratado de Derecho Penal. Parte General. *Comares* editorial, Granada.

Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. (1988). Jurisprudencia Crítica, San José, Costa Rica.

Landecho Velasco, Carlos María y Molina Blázquez, Concepción. (1996). Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Tecnos, Quinta Edición, España.

Llobet Rodríguez, Javier; y Chirino Sánchez, Alfredo. (2000). Principio de Oportunidad y Persecución de la Criminalidad Organizada. 1ª Edición, San José, CR., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José.

Llobet Rodríguez, Javier. (1988). La No Punibilidad del Encubrimiento entre Parientes. En Jurisprudencia Crítica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), San José, Costa Rica.

Londoño Berrío Hernando León. (1982). El Error en la Moderna Teoría del Delito. Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia.

Luzón Peña, Diego-Manuel. (1995). Causas de Atipicidad y Causas de Justificación. En Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, coordinadores, Editorial Aranzadi S.A., España.

Molina Fernández, Fernando. (2001). Antijuricidad Penal y Sistema del Delito. José María Bosch Editor, Barcelona.

Mora Mora, Luis Paulino, y Navarro Solano, Sonia. (1995). Constitución y Derecho Penal. Corte Suprema de Justicia, San José.

Muñoz Conde, Francisco. (2003). Introducción al Derecho Penal. Editorial Montevideo de Buenos Aires.

Muñoz Conde, Francisco. (2004). Teoría General del Delito. Bogotá, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

Muñoz Conde, Francisco, (2003). El Error en Derecho Penal. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

Polaino Navarrete, Miguel. (1996). Derecho Penal, Parte General: Fundamentos Científicos del derecho Pena. Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona.

Quintero Olivares, Gonzalo; Morales Prats, Fermín; Prats Canut, José Miguel. (2002). Manual de Derecho Penal. Edición 3ª, Editorial Aranzadi, España.

Renauld Castro, Andrea. (2004). Imputación Objetiva y Delito Culposo. Investigaciones Jurídicas S.A., 1° Edición, San José.

Righi, Esteban y Fernández, Alberto A. (1996). Derecho Penal: La Ley, El delito, El Proceso y la Pena. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires.

Rodríguez Arroyo, Teresita. (1999). La Estructura de la Culpa. En Iª Jornada de Derecho Penal en Centro América: Visión de la Teoría del Delito, 3 de diciembre de 1999. No publicado.

Sánchez Romero, Cecilia. (2002). Tipicidad Culposa. En Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. Cuarezma Terán, Sergio y Houed Vega, Mario, coordinadores, Editorial Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua.

Sánchez Romero, Cecilia. (2002). La Acción en Derecho Penal. En Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. Cuarezma Terán, Sergio y Houed Vega, Mario, coordinadores, Editorial Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua.

Silvestroni, Mariano H. (2004). Teoría Constitucional del Delito. Editores del Puerto s.r.l. Argentina.

Suárez Mira-Rodríguez, Carlos, Judea Prieto, Ángel, Piñol Rodríguez, José Ramón. (2002*).* Manual de Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid.

Tocora, Fernando. (2002). Principios Penales Sustantivos. Editorial Temis S.A., p. 25, Colombia.

Vargas Alvarado, Eduardo. (1983). Medicina Legal. Tercera Edición, Librería Lehman, Costa Rica.

Velásquez Velásquez, Fernando. (1997). Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición, Temis, Santa Fe, Bogotá.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1981). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, 1981.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2002). Derecho Penal. Parte Especial. Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Zúñiga Morales, Sandra Eugenia. (2003). Nociones Básicas de Derecho Aplicadas a la Investigación Policial. Edición 1ª Edición, Costa Rica, Editorial Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José.

REVISTAS:

Arias Madrigal. (Doris María). El Trastorno Mental Transitorio y sus consecuencias en la imputabilidad, con especial referencia al trastorno de estrés post-traumático y la Violencia Doméstica. En Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, Volumen 7, diciembre 2002 y Volumen 8, junio 2002.

Campos Calderón, Federico. Los Derechos Indígenas y su situación frente al Derecho Penal (el caso del error culturalmente condicionado). En Revista de Ciencias Penales, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Revista número 19.

El khoury Jacob, Henry Issa, y Chirino Sánchez, Alfredo. (Julio 1993), Bien Jurídico y Derecho de Castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional. En Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 5, número 7.

CÓDIGOS UTILIZADOS:

Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000 a cargo de Luis Carlos Salas Toro, 2001.

Código Penal de Costa Rica. Revisado y Actualizado por Ulises Zúñiga Morales, Investigaciones Jurídicas S.A. 17ª Edición, San José.

CONSTITUCIONES POLÍTICAS UTILIZADAS:

Constitución Política Comentada de Costa Rica, McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A., de CV. San José, Primera Edición, José, Costa Rica.

CONVENCIONES Y TRATATADOS:

Convención Americana de Derechos Humanos.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ:

Tribunal de Casación Penal Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 255-99 del dos de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 266-2000 del treinta y uno de marzo de dos mil.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 531-2005, de las once horas del nueve de junio de dos mil cinco.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 914-06 de las nueve horas quince minutos del cinco de setiembre de dos mil seis.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 184-F-99 del 31 de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Tribunal de Casación Penal. Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 144-F-99, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 500-02. de las dieciséis horas con treinta minutos del diez de julio de dos mil dos.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 363-00, del doce de mayo de dos mil.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 488-1999, del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 64-F-99, del primero de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 914-2006, de las nueve horas quince minutos del cinco de septiembre de dos mil seis.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 842-2002, de las doce horas cuarenta minutos del once de octubre de dos mil dos.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 732-03, de las nueve horas con cuarenta minutos del treinta y uno de julio de dos mil tres.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 585-2000, del veintiocho de julio de dos mil.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto nú-

mero 98-2004, de las diez horas treinta y nueve minutos del doce de febrero de dos mil cuatro.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, Voto número 1028-2005, de las catorce horas cuarenta y dos minutos del once de octubre de dos mil cinco.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 347-02, de las diez y treinta horas del tres de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 408-04, de las once horas cincuenta y un minutos, de 29 de abril de dos mil cuatro.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 226-01, de las doce horas del dieciséis de marzo de dos mil uno.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 2005-1090, de las 10:00 hrs. del 21 de octubre de 2005.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 214-04, de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cuatro.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 531-2005 de las once horas del nueve de junio de dos mil cinco.

Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José. Voto número 713-2001, de las nueve horas del catorce de septiembre de dos mil uno.

RESOLUCIONES DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 920-2004, de las diez horas cincuenta y cinco minutos del treinta de julio de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 339-F-94, de las catorce horas con treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 133-F-92, de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del cuatro de junio de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 676-F-91, de las ocho horas treinta minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 257-2003, de las once horas con veinte minutos del veinticinco de abril de dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 344-96, de las nueve horas con treinta y cinco minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 511-F-93, de las nueve horas del diez de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 676-98, San José, de las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 719-F-96, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 763-2006, de las nueve horas veinte minutos del dieciocho de agosto de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1038-98, de las nueve horas con diez minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2005-168, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del once de marzo de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1324-2005, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de noviembre del dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 166-F, de las catorce horas del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 74-2001, de las diez horas con diez minutos del diecinueve de enero de dos mil uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 432-2006, de las ocho y cuarenta minutos del 19 de mayo de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 446-2004, de las once horas veinte minutos del siete de mayo de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 492-F-93, de las a las nueve horas veinte minutos del veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 561-F, de las nueve horas del quince de octubre de milo novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 958-2005, de las nueve horas cincuenta minutos del diecinueve de agosto de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 101-F-95, de las nueve horas del tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1052-2004, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del treinta de agosto de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1098-2001, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del dieciséis de noviembre de dos mil uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 10-F-1988, de las 15 horas del 21 de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 596-F-92, de las nueve horas diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 111-F-81, de las nueve y cincuenta minutos del veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 676-F-91, de las ocho y treinta horas, del 13 de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1180-97, de las diez horas con cinco minutos del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1202-97, de las nueve horas con treinta minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1236-1999, de las nueve horas, del treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 123-F-95, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1254-1999, de las catorce horas con treinta y seis minutos del año mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1262-97, de las once horas treinta minutos del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 131-F-94, de las nueve horas del trece de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1334-97, de las diez horas con cuarenta minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1334-97, de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1380-1999, de las catorce con treinta minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 140-94, de las nueve con cuarenta y cinco minutos del trece de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 178-f-93, de las nueve horas cincuenta minutos del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 201-94, de las diez horas del tres de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 218-90, de las nueve horas del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 234-f-95, de las diez horas con diez minutos del veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 268-93, de las nueve horas con quince minutos del once de junio de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 311-98, de las diez horas con treinta y cinco minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 333-04, de las diez horas con cuarenta y seis minutos del siete de mayo de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 367-98, de las catorce horas con cincuenta minutos del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 372-F-94, San José, a las diez horas cinco minutos del veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 380-95, de las dieciséis horas del treinta de junio de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 38-94, de las nueve horas con cinco minutos del veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 427-F-93, de las dieciséis horas con cinco minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 439-2004, de las diez horas cuarenta con seis minutos del siete de mayo de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 439-2004, de las diez horas con cuarenta y seis minutos del siete de mayo de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 446-F-92, de las quince horas con cuarenta minutos del veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 477-2006, de las nueve horas con diez minutos del veintiséis de mayo de dos mil seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 52-F-93, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 531-F-93, de las nueve horas con treinta minutos del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 561-F-93, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 562-92, de las nueve horas con veinte minutos del veinte de noviembre del mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 570-F-93, de las nueve horas con cuarenta minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 583-F94, de las diez horas con treinta minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 596-F- 92, de las nueve horas diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 596-F- 92, de las nueve horas con diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 608-2005, de las diez con veinticinco minutos del diecisiete de junio de dos mil cuatro.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 676-91, de las ocho horas con treinta minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 678-98, de las ocho horas con treinta minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 713-93, de las diez horas con cincuenta minutos del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 74-2001, de las diez horas con diez minutos del diecinueve de enero de dos mil uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 789-99, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 795-97, de las dieciséis horas diez minutos del siete de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 838-2005, de las diez horas del veintinueve de julio de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 861- 2002 de las diez horas del treinta de agosto de dos mil dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 958-2005, de las nueve horas con cincuenta minutos del diecinueve de agosto de dos mil cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 989-99, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 446-F, de las quince horas con cuarenta minutos del 25 de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número, 323-F-96, de las nueve horas con veinte minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y seis.

Sala Tercera de la Corte Suprema, Voto número 410-99, de las nueve horas con cuarenta minutos del nueve de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 386-2003, de las quince horas del veinte de mayo de dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 765-F-95, de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 776-2003, de las once con veinticinco minutos del nueve de setiembre de dos mil tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 052-F, de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 791-2001, de diez horas con diez minutos del veinte de agosto de dos mil uno.

RESOLUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 10543, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del diecisiete de octubre de 2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2006-3678, de las catorce horas y treinta y siete minutos del veintidós de marzo del dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 500-1990, de las diecisiete horas del quince de mayo de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 2004-03441, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo del dos mil cuatro. Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta por los diputados Carlos Herrera Calvo y otros, respecto del Proyecto de Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, expediente legislativo número 13.874.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1999-01792, San José, a las dieciocho horas con cincuenta y cuatro minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Acción de inconstitucionalidad promovida por Gerardo Castillo Alvarado, y José Antonio Saprissa Grillo, mayores, casados, con cédula de identidad 6-096-005 y 9-008-707, contra los artículos 370 y 272 del Código Penal.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2996-92, de las quince horas con diez minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 461-91, las quince horas con catorce minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y uno

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1588-1998, de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 2063-91, de las diez horas cinco minutos del once de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 3441-2004, de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 6304-2000, de las quince horas con cincuenta y seis minutos del diecinueve de julio del dos mil, sobre consulta Judicial promovida por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, referente al artículo 162 del Código Penal, reformado mediante Ley número 7899 del 3 de agosto de 1999, denominada Ley Contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad, publicada en la Gaceta número 159 del 17 de agosto de 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1588-1998, de las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Casación Penal, mediante resolución de las diez horas con diez minutos del veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete, dictada en el expediente 96-000463-365-PE, proceso seguido contra M. S. D. por el delito de tentativa de estafa, respecto del artículo 24 última frase del Código Penal.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 3411-92, de las quince horas del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos. Consulta judicial de constitucionalidad planteada por la Sección Tercera del Tribunal Superior de Alajuela.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

DIRECCIONES DE INTERNET UTILIZADAS:

http://www.derechopenalonline.com). Consultada el 4 de junio de 2007.
http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/HOMICIDIO-EN-ESTADO-DE-EMOCION-VIOLENTA.pdf. Consultada el 5 de junio del 2007.
http://www.misionrg.com.ar/alcohol.htm. Consultada el 4 de junio del 2007.
http://www.monografias.com/trabajos/alcoholismo/alcoholismo.shtml. Consultada el 4 de junio de 2007.
http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409- Consultada el 5 de junio de 2007.
52001000100008&script=sci_arttext. Consultado el 5 de junio de 2007. Artículo que también puede ser localizado en: Burgos Mata (Álvaro), Trastorno Mental Transitorio. En Revista de Medicina Legal de Costa Rica, ISSN 1409-0015 *versión impresa.*
http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/mdp/mdpdel5.htm#110. Consultada el 6 de junio de 2007.

Índice

Dedicatorias 3
Agradecimientos 5
Presentación 7
Introducción 9

CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO PENAL Y PRINCIPIOS BÁSICOS QUE LO CONFORMAN 11

Sección I: Concepto de Derecho Penal 11
1. Función del Derecho Penal 16
1.2 Función protectora de Bienes Jurídicos 16
1.3 Principios del Derecho Penal 19
1.3.1 Función Limitadora del Derecho Penal 19
1.3.2 Función Interpretativa 20
2. Principios Relevantes del Derecho Penal 22
2.1 Principio de Legalidad 22
2.1.1 La Reserva de Ley 28
2.1.2 La no Retroactividad de la Ley 35
2.1.3 La Prohibición de Analogía o Interpretación Extensiva de la Ley .. 40
2.2 El principio de Lesividad 41
2.3 El principio de Inocencia 45
2.4 El principio de Dignidad Humana 51
2.5 Principio de Culpabilidad 60
2.6 Principio del Derecho Penal Mínimo 66

Sección II: La Teoría del Delito como garantía para el procesado 74

CAPITULO SEGUNDO: LA TIPICIDAD Y EL TIPO PENAL 79

Sección 1: La Acción y la Conducta Penal 79
1. Teoría Causalista de la Acción 85
2. Teoría Finalista de la Acción 87
3. Teoría Social de la Acción 89
4. Análisis de los Casos de Ausencia de Acción o de Conducta 91
4.1. Fuerza Irresistible, Movimientos Reflejos y Estados de Inconsciencia 92
4.2. Caso Fortuito y Fuerza Mayor 94

Sección II: Tipicidad y Tipo Penal 99
1. La Teoría del Delito y las Teorías del Tipo 113
2. Elementos del Tipo Penal 117
3. La Acción Prohibida 119

4. El Sujeto Activo 122
5. Elementos objetivos 123
6. Elementos descriptivos 126
7. Elementos Normativos 127
8. Elementos Subjetivos 133
9. Elementos Accesorios del Verbo 135

Sección III: El Tipo Penal Doloso 136
1. El Elemento Cognoscitivo del Dolo 143
2. El Elemento Volitivo del Dolo 144
3. Clases de Dolo en el Código Penal de Costa Rica 147
   3.1 Dolo Directo 154
   3.2 Dolo Eventual 155
   3.3 Error de Tipo 160

Sección IV: El Tipo Penal Omisivo 165
1. El Tipo Penal Omisivo 165
2. Clases de Tipo Penal Omisivo 169
   2.1 El Delito de Omisión Propia 169
   2.2 El Delito de Omisión Impropia 170
   2.3 Delito Omisión y Resultado 179

Sección V: El Tipo Penal Culposo 182
1. Estructura del Delito Culposo 191
2. El Resultado en el Delito Culposo 196
3. Clases de Culpa 200
   3.1 La Culpa Inconsciente o sin Representación 200
   3.2. Culpa Consciente o con Representación 202

CAPÍTULO III: LA ANTIJURICIDAD 209

Sección I: Aspectos Generales 209
1. Concepto de Antijuricidad 209
2. Diferencia entre Antijuridicidad Formal y Material 210
3. La Afectación del Bien Jurídico Tutelado 213
4. Las Causas de Justificación 237
   4.1 Aspectos Generales 237
   4.2. Las Fuentes de las Causas de Justificación 241
   4.3. El Fundamento de las Causas de Justificación 243
   4.4. Elementos Subjetivos de las Causas de Justificación 245

Sección II: La Legítima Defensa 249
1. Concepto de legítima defensa 249
2. Requisitos de la Legítima Defensa: Agresión Ilegítima y Necesidad Razonable de la Defensa empleada 253
3. Exceso en la Defensa 266
4. Aplicación del In dubio Pro Reo en la Legítima Defensa 271

5. No aplicación de la Legítima Defensa ante Intercambio de Expresiones Ofensivas 274

Sección III: El Estado de Necesidad 280
1. Concepto 280
2. Presupuestos del Estado de Necesidad 282
3. Análisis de los Requisitos del Estado de Necesidad 284
   3.1 Que el Peligro sea Actual o Inminente 284
   3.2 Que no lo haya Provocado Voluntariamente 286
   3.3 Que no sea Evitable de Otra Manera 286
   3.4 Que el que Actúa no tenga por su oficio o cargo, obligación de Sacrificarse 290

Sección IV: El Cumplimiento de un Deber Legal o el Ejercicio Legítimo de un Derecho 294
1. Obrar en cumplimiento de un deber legal 294
2. Ejercicio Legítimo de un Derecho 295

CAPÍTULO IV: LA CULPABILIDAD 303

Sección I: Aspectos Generales 303

Sección II: Elementos que conforman la Culpabilidad 312
1. La Imputabilidad 312
2. La Enfermedad Mental 314
3. Grave Perturbación de la Conciencia 321
4. La Actio Libera in Causa 324
5. El Estado de Emoción Violenta 337

Sección III: El Conocimiento de la Antijuricidad 351
1. Aspectos Generales 351
2. Error de Prohibición 354
3. Error Culturalmente Condicionado 366

Sección IV: La Exigibilidad de la Conducta Conforme a Derecho 377
1. Causas de Exculpación en el Código Penal Costarricense 380
   1.1. La Obediencia Debida 380
   1.2. La Coacción o Amenaza 383

Conclusión 389
Bibliografía 393
Índice 409

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de abril del 2008
en los talleres gráficos de
EDITORAMA, S.A.
Tel: (506) 255-0202
San José, Costa Rica

Nº 19,219